

CURIERUL JUDICIAR

DOCTRINĂ — JURISPRUDENȚĂ — LEGISLAȚIUNE — ECONOMIE POLITICĂ — FINANȚE.

DIRECTOR: D. ALEXANDRESCO

PRIM-REDACTOR: ION N. CESĂRESCU

A B O N A M E N T U L

Pe an, în România	30 lei
6 luni	16 "
3 luni	8 "
Străinătate: 40 lei pe an, 20 pe 6 luni	

A P A R E

De două ori pe săptămână sub redacțiunea unui comitet

Abonamentele se plătesc tot-d'a-una înainte

REDACȚIA & ADMINISTRAȚIA

BUCURESCI

5 — Calea Rahovei — 5

Lângă Palatul Justiției

S U M A R

Resumat de concluziuni în procesul Ema Lisosky cu Moritz Bank, depuse de d. D. Alexandresco, înaintea Curței de casație.

JURISPRUDENȚA ROMÂNĂ:

Casație, s. II: Ema Lisosky cu Moritz Bank, cu o adnotație de d-l I. Tanoviceanu.

Resumat de concluziuni în procesul Ema Lisoschi cu Moritz Bank, depuse de d-l D. Alexandresco, înaintea Curței de casație

Prin reclamația directă a părții lezate, d-na Ema Lisoschi, Moritz Bank este dat judecății pentru abus de incredere (violarea unui contract de mandat).

Inculpatul este achitat de tribunal și Ministerul public, în termenul legal, nu face apel contra acestei sentințe achitătoare, așa că acțiunea publică este stinsă, fiind în privința ei lucru judecat.

Partea civilă, legal constituită, făcând singură apel, Curtea din Iași este chemată a judeca numai acțiunea civilă.

Pentru a-și stabili pretențiile sale civile, D-na Ema Lisoschi deferă lui M. Bank jurământul decisoriu. Acest jurământ avea de scop dovedirea contractului de mandat și implicit simulațiunea actului de cesiune care ascundea un mandat deghisat. Curtea respinge acest jurământ, sub cuvint că prin jurământ s'ar tinde la dovedirea unui fapt penal, ceea ce ar fi inadmisibil după lege.

Cerem casarea acestei deciziuni pentru violarea art. 1208 și a art. 1707 Cod civil. (A se vedea ultimul motiv de recurs formulat de noi).

În adevăr, de și, prin acest jurământ se tinde a se dovedi faptul imputat lui M. Bank, totuși dovedirea acestui fapt nu poate avea nici o înfriurare asupra acțiunii publice, această acțiune ne mai existând astăzi; de vreme ce, în privința ei, este lucru judecat. Prestarea sa neprestarea jurământului nu va produce consecințe de cit în privința acțiunii civile, singură rămasă în litigiu, știut fiind că ambele acțiuni sunt independente una de alta.

Argumentul Curței, care constă în a zice că jurământul nu este admisibil în materie de ordine publică (lucru de altminte necontestat) cade, ordinea publică ne mai fiind în joc; de oare-ce numai acțiunea civilă se judecă în specie, și asemenea acțiune este de domeniul privat al părților, fiind-că ele pot să transigă asupra ei.

«Se poate transige, zice art. 1707 din Codul civil, asupra unei acțiuni civile ce derivă din o infracțiune (adică crimă, delict sau contravenție); și dovada că acest text înțelege a vorbi de acțiunea civilă, care isvorește dintr'un delict penal, este § 2 al textului conrespunzător fr. (2046), care adaugă «că transacțiunea nu împiedică urmărirea Minist. public», paragraf pe care textul nostru l'a eliminat ca inutil, de oare ce el nu este de cit o consecință a § 1.

Acest text presupune, deci, chiar în cazul cînd acțiunea publică n'ar fi stinsă, transacțiunea părților (prin urmare și jurământul, care nu este de cit o specie de transacție: *Jurandum est species transactionis*). (A se vedea Laurent, t. XXVIII, No. 351, p. 353).

Or, dacă transacția părților, deci și jurământul decisoriu, este o puțință atunci cînd acțiunea publică este pendentă, a fortiori, transacția și jurământul, care nu este de cit o specie de transacție, sunt admisibile cînd acțiunea publică pentru o cauză oare care nu mai există.

Presupunând că acțiunea părții civile n'ar fi fost exercitată odată cu cea publică, ci deosebit pe cale civilă, în urma achitărei lui Bank de instanțele represive, în asemenea caz întrebarea este: partea lezată putea să dovedească mandatul prin deferirea jurământului lui Bank? *Incontestabil că da!* Pentru ce dar ea n'ar putea să useze de acest mijloc de probă, atunci cînd acțiunea sa se judecă odată cu cea publică, și mai ales în urma epuisării acestei din urmă acțiuni?

Să se observe contradicția în care cade Curtea de fond, și tăgada de dreptate ce ea comite;

Cînd d-na Lisoschi invoacă proba testimonială spre a dovedi mandatul, i se respinge această probă, sub cuvint că ea ar fi oprită de dreptul civil, care ar fi aplicabil în specie; cînd d-na Lisoschi deferă jurământul pentru stabilirea acestui mandat, această probă se respinge sub cuvint că ar fi oprită de Codul penal. Cu alte cuvinte, partea lezată este pusă în poziție de a nu-și putea nici prin un mijloc dovedi dreptul său. N'am avut oare dreptul să zic că decizia Curței din Iași constituie o denegare de dreptate? cu atît mai mult cu cît dacă partea lezată s'ar adresa acum la instanțele civile, i s'ar opune cu drept cuvint lucru judecat, fără ca ea să fi putut dovedi faptul.

Dar, se va zice poate că decizia care ar condamna pe Bank la daune, în cazul cînd n'ar presta jurământul, ar fi în contradicție cu decizia care l'achită de faptul ce i se impută. Asemenea contradicție există în tot-de-auna cînd un inculpat este achitat și condamnat în același timp la daune pentru același fapt. Asemenea contradicție, aparentă, provine din împrejurarea că acțiunea publică este, în principiu, independentă de cea civilă, chiar atunci cînd ambele acțiuni se judecă de odată, afară de prescripția, care este aceeași pentru ambele acțiuni, de și, în această din urmă privință, chestiunea este controversată.

Decizia Curței de fond nu resistă decî unei analize serioase.

Curtea mai violează apoi și art. 1208 Cod civ., după care jurământul incape în ori-ce soi de contestațiuni, afară bine înțeles de acelea care interesează ordinea publică, precum sunt chestiile de stat civil, etc. Or, am arătat că, în specie, ordinea publică nu era în joc, de vreme ce se judeca numai acțiunea civilă, care aparține părților, și la care ele pot să renunțe, făcînd ori-ce transacție ar crede de cuviință. După Laurent (t. XX, 245, p. 277), chiar faptele ilicite pot fi dovedite prin jurământ. Cerem, deci, casarea deciziei Curței.

D. Alexandresco

INALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE, Secția II

Audiența de la 10 Septembrie 1904

Președinția D-lui N. MANDREA, Președinte

Ema Lisoski cu Moritz Bank

Jurământ decisoriu.—Materie penală.—Delict.—Despăgubiri civile.—Probe.—Dacă Ministerul public, pentru dovedirea delictului, sau partea civilă pentru reparațiunea daunei suferită din delict, pot da jurământ

decisoriu inculpatului. — (Art. 366 Proc. penală ; art. 1207, 1208 și 1707 Cod civil).

Jurământul decisoriu aparține categoriei dovezilor legale instituite în materie civilă având de efect, o dată prestat, d'a impune judecătorului hotărîrea ce trebuie să dea, și un asemenea mijloc de dovadă, prin natura sa chiar, e incompatibil cu materia penală în care legea dă libertate judecătorului de ași forma convingerea în conștiință, fără a'i impune vre-o regulă pentru cumpănirea probelor.

Acest principiu este absolut și se aplică atît Ministerului public, care urmărește pedepsirea inculpatului, cît și părții civile, care cere reparațiunea pagubei suferită dintr'un delict, și nu este nici o distincțiune de făcut nici pentru cazul cînd delictul presupune existența unui contract civil, nici pentru cazul cînd acțiunea publică fiind stînsă în prima instanță, inculpatul este urmărit în apel numai pentru despăgubiri civile; căci, și într'un cas și într'altul, ceea ce judecătorul penal trebuie să stabilească, nu este existența pur și simplă a unei obligațiuni civile, ci violarea frauduloasă a acelei obligațiuni, adică un delict penal ale cărui probe nu pot fi stoarse de la delicuent prin jurămint.

Decisiunea No. 1041/904.—Respins, în urma unei divergențe, recursul făcut de Ema Lisoski contra decisiunii Curței de apel din Iași, s. I, No. 380/904 dată în proces cu Moritz Bank (*).

Curtea,

Ascultând citirea raportului făcut în cauză de d-nul consilier D. Cuculi ;

Pe d-l avocat D. Alexandresco în dezvoltarea motivului de casare ; Pe d-l avocat Valerianu în combateri

Deliberând.

Asupra unicului motiv de casare susținut și formulat ast-fel :

«Curtea a violat art. 1208 și 1707 C. civ., respinzînd jurămintul decisoriu deferit lui Moritz Bank pentru a stabili convențiunea de mandat și obligațiunea lui Moritz Bank de a restitui o sumă de bani».

Văzînd decisiunea atacată din care rezultă că Moritz Bank a fost dat în judecata Trib. Iași pentru un abuz de încredere săvîrsit în dauna d-nei Ema Lisoski, consistînd în faptul că s'a însușit pe nedrept niște bani pe care Ema Lisoski îi dăduse mandat de a'i încasa pentru ea ; — că, în lipsă de probă pentru existența mandatului alegat, Moritz Bank fiind achitat cu hotărîrea tribunalului rămasă definitivă prin neapelare din partea Ministerului Public, Ema Lisoski ca parte civilă a adus afacerea înaintea Curței din Iași, unde a cerut să dovedească existența mandatului printr'un jurămint decisoriu, pe care Curtea l'a respins ca inadmisibil în materie penală, atuncî chiar cînd inculpatul fiind definitiv achitat nu mai poate să fie expus de cît la daune civile ;

Considerînd că jurămintul decisoriu aparține categoriei dovezilor legale instituite în materie civilă, el avînd de efect, odată prestat, d'a impune judecătorului hotărîrea ce trebuie să dea ; — că un asemenea mijloc de dovadă, prin natura sa chiar, e incompatibil cu materia penală, în care legea dă libertatea judecătorului de ași forma convingerea în conștiință, fără a'i impune vre-o regulă pentru cumpănirea probelor (art. 366 Pr. pen.) ;

Considerînd că acest principiu e absolut, că el se aplică atît Ministerului public, care urmărește pedepsirea inculpatului, cît și părții civile care cere reparațiunea pagubei suferită dintr'un delict ;

(* Vezi Curierul Judiciar din anul curent, No. 38.—Această decizie care, după noi, face o greșită aplicare a legii, va fi în curînd publicată și criticată în *Recueil général des lois et des arrêts* (Sirey). Vom publica în această privință și o consultație a profesorului Garraud, care condamnă teoria Curței de casație.

Că nu este nici o distincțiune de făcut nici pentru cazul cînd delictul presupune existența unui contract civil, nici pentru cazul cînd acțiunea publică fiind stînsă în prima instanță, inculpatul e urmărit în apel numai pentru despăgubiri civile; căci și într'un cas și într'altul ceea ce judecătorul penal trebuie să stabilească, nu e existența pur și simplă a unei obligațiuni civile, ci violarea frauduloasă a acelei obligațiuni, adică un delict penal a cărui probe nu pot fi stoarse de la delicuent prin jurămint ;

Considerînd că Curtea din Iași, după modul cum a judecat n'a violat întru nimica art. 1208 C. civ., după care jurămintul decisoriu se poate da în ori ce contestațiune ; căci cu toată generalitatea termenelor întrebuintate în acest articol, doctrina și jurisprudența sunt unanime pentru a'i margini aplicațiunea la casurile unde ordinea publică nu e interesată ;

Considerînd asemenea că Curtea n'a violat nici art. 1707 Cod civ., care permite de a se transige asupra daunelor isvorite dintr'un delict ; căci în specie nu e vorba de o transacție, ci de un jurămint decisoriu, care, dacă în unele puncte se aseamănă cu o transacție, în altele se deosebește ;

Considerînd în fine că din aceea că partea civilă înaintea instanțelor penale nu are mai multe probe pentru a stabili raporturile civile care constituie un element al delictului, de cît probele admise în civil, nu rezultă că ea poate întrebuinta înaintea instanțelor penale și jurămintul decisoriu care, după cum s'a zis, e incompatibil cu sistemul de probațiune instituit pentru aceste instanțe ;

Pentru aceste motive, Curtea, respinge, etc.

Adnotație.—De la prima lectură a decisiunii Inaltei Curți de casație No. 1041/904, am fost contra acestei decisiuni ; acum, după ce am studiat și am reflectat mai îndelungat asupra problemei rezolvate, sunt și mai convins că nu majoritatea, ci minoritatea Inaltei Curți de casație a avut dreptate (1).

Mai întîi, este un punct care ar fi de dorit ca să fie ca steaua polară a judecătorilor cînd aplică legea. Ei nu trebuie să uite că scopul legilor este de a face să domnească dreptatea în relațiunile omenești și că dreptul fără dreptate este un flagel social. În special, în afaceri penale, ei aū datoria sfîntă de a apăra pe oamenii de treabă contra infractorilor, iar nu pe infractorii de consecințele faptelor lor antisociale.

Negreșit că judecătorii n'aū dreptul să caute dreptatea în *potriua* legilor, ca președintele Magnaud, dar aū datoria de capetenie să o caute în *cuprinsul* și în *interpretarea* legilor. Cînd legea e formală, ar fi un pericol social ca judecătorii să o nesocotească, umblînd după dreptate, căci ar părăsi adese-orî bucata pentru umbra ei. Merg mai departe, și declar că eū personal, nici ca jurist, nici ca om, nu am stimă pentru judecătorii de genul faimosului președinte francez ; mie mi se pare că ei aleargă mai mult după reclamă și popularitate, de cît după dreptate. Aplicarea dispozițiunilor clare și formale ale legii, este cea mai dîntîi dintre dreptăți.

Dar iarăși, cînd legea nu are un text vădit contrariu dreptății și interesului public, a'i da o

(1) Decisiunea e dată după divergență.

interpretare care violează dreptatea, mi se pare că este a merge în contra scopului și esenței chiar a instituțiunei numită puterea judecătorească, a cărei principală menire este, după cum am spus, să facă dreptatea între oameni.

Privită sub acest prim aspect, decisiunea Inaltei noastre Curți de casațiune este absolut condamnabilă. În adevăr, de ce erea vorba în specie?

Un individ a fost dat în judecată pentru abuz de încredere; tribunalul 'l achită și procurorul nefăcând apel, Moritz Bank rămîne bun achitat.

Voî lăsa la o parte ușurința de necrezut cu care tribunalele noastre se pronunță pentru achitare, și voî admite iarăși că procurorul, din convingere și nu din neglijență nu a făcut apel. Moritz Bank rămîne dar om cinstit și, prin urmare, în rindul judecătorilor care l'au achitat.

Dar juriștii știu că un om cinstit se poate prea bine să fie dator prin diferite moduri, anume: printr'un contract, quasi-contract, delict sau quasi-delict (civil), și prin urmare, și cinstitul d. Bank putea să fie dator d-nei Ema Lisoschi; cel puțin așa afirma această doamnă.

La lege se scrie însă, că acel care afirmă un lucru trebuie să-l dovedească, și tocmai aceasta voia să facă d-na Lisoschi, dând un jurământ cinstitului d. Bank, ca să spună dacă nu a primit de la dinsa o sumă de bani cu obligațiunea de a-o restitui. Curtea de apel din Iași însă, și Curtea de casațiune se opun la acest jurământ, sub cuvint că jurământul nu poate fi dat în materie penală.

Mai întii, bunul simț și echitatea protestează în contra acestei ciudate interpretări.

Dacă ceri unui om să lupte, trebuie să-i lași neapărat toate mijloacele și armele cinstite, și de sigur că jurământul, acest apel suprem la conștiința adversarului, este un mijloc foarte cinstit de luptă. Cînd pui, cum este natural să pui, *onus probandi* (greutatea probei) pe umerii reclaman-tului, nu e rațional să mărești această greutate interzicîndu-i unele mijloace de probațiune; căci, după cum zice scriptura, nu trebuie să legi limba bouluț care ară.

Cînd legea, pentru un oare-care motiv, interzice *formal* și *expres* o anumită probă, atunci judecătorul trebuie să o respingă.

În cele-l'alte casuri, și cînd legea e îndoiioasă, ea trebuie interpretată în favoarea admisibilităței probațiunei; căci nimic nu poate fi mai rațional și mai echitabil de cit a permite unei persoane ca să dovedească prin toate mijloacele legale de care dispune, că cererea sa este dreaptă. Jurământul fiind un mijloc legal, cinstit și echitabil de rezolvare al proceselor, nu este nici-un motiv de a-l interzice litiganților fără un text expres de lege.

În cazul de față, însă, text de lege formal nu există; căci de ar fi existat, Inalta Curte de ca-

sațiune l'ar fi citat în decisiunea sa. Suprema instanță ajunge la motivarea decisiunei sale prin cale de *interpretațiune*; mă întreb însă, dacă 'i erea *imposibil* să dea interpretațiunea în favoarea echităței?

Băgați de seamă un lucru.

D. Bank scapă de pedeapsă, fiind-că judecătorii spun că nu a comis nici-o infracțiune. Dar dacă nu e criminal, de aci nu rezultă că nu e debitor, și tocmai acest lucru voia să-l probeze d-na Lisoschi prin propria conștiință a d-lui Bank.

Judecătorii nu permit aceasta, sub cuvint că legea se opune; cu alte cuvinte, d. Bank scapă și de pușcărie și de datorie; de pușcărie, fiind-că nu se aduc probe; de datorie, fiind-că nu se primesc probele ce se aduc.

În fața unei ast-fel de interpretare a legii, fără să vrei îți amintești melancolica esclamațiune a lui Servan: «O justice humaine! que de choses il te mauque pour être juste!» (2).

Aceasta e prima impresiune ce mi-a făcut-o decisiunea Inaltei Curți de casațiune, ca om care iubesc dreptatea și care am cite-va cunoștințe de drept.

Dar am studiat în urmă cestiunea mai de aproape, și m'am convins și mai mult că, decisiunea Inaltei instanțe este tot atit de puțin conformă cu principiile juridice, pe cit este de puțin prietină echităței.

Trec dar la discuțiunea juridică a cestiunei rezolvate de Curtea de casațiune.

* * *

Se știe de toți juriștii că jurământul este interzis în materie penală. Dar pentru ce?

Se spune de mulți că nu trebuie a pune pe un om în trista necesitate de a fi sperjur sau de a se acuza singur. Motivul este rău, căci din două lucruri unul: sau bănuitul e un inocent, și atunci el jurând nu e nici sperjur, nici nu se acuză singur; sau e un nevinovat, și în acest caz ar fi ciudat să avem atita sollicitudine pentru dificultățile conștiinței unui pungaș, și în schimb să uităm că din pricina acestor scrupule neraționale, se poate întimpla une-orî ca, prin o eroare judiciară, un om nevinovat să-și peardă libertatea și bunul său renume. De altmintrelea, legea penală prescrie *interogatorul*; și dacă jurământul pune pe culpabil în dilema de a jura strîmb sau de a se acuza singur, interogatorul are absolut același efect pentru un om leal, care a comis o infracțiune; căci el nu are trebuință de jurământ, pentru ca să spună adevărul cînd va fi întrebat. Prin urmare, dacă se înlătură jurământul, trebuie înlăturat și interogatorul din materie penală, cum au făcut unele legislațiuni moderne.

Vădit dar că nu acesta e motivul neadmisibilităței jurământului în materie penală; adevăratul motiv trebuie căutat în altă parte.

(2) Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, 1767, p. 93.

La ce ar servi el în penal? Oare acela care ar jura că n'a comis o infracțiune, va fi crezut pe baza jurământului și, prin urmare, va fi apărat de pedeapsă? De sigur că nu.

Afară de aceasta, cine ar da jurământul? Procurorul? Dar el, de și exercită acțiunea publică, nu are însă proprietatea ei, și nu poate să transigă asupra-și printr'o deferire de jurământ.

Partea civilă? Dar ea nu are nici un drept relativ la acțiunea publică.

Acestea sunt adevăratele motive ale interdicțiunii jurământului în materie penală, și mai târziu vom trage argument în discuțiune din aceste motive.

Dar în materie civilă?

Aci avem un articol formal care-l permite în regulă în toate contestațiunile; art. 1208 C. civ. zice: «Jurământul decisoriu poate fi dat în *ori-ce fel* de contestațiune».

Prin urmare, lucrul e clar; jurământul e admisibil în materie civilă; nu e însă admisibil în materie penală.

Trecem la cazul Moritz Bank-Ema Lisoschi.

Tribunalul achitând pe Moritz Bank de abusus de încredere ce 'i se imputa, și procurorul nefăcând apel, *caracterul delictos* al faptului săvârșit de dînsul dispărea, și rămânea numai o pretențiune civilă. Cum se va judeca această pretențiune?

Instanța, conform unor reguli, care de sigur că nu pot fi citate ca model de logică, rămîne tot penală, ea va fi complectată cu procuror, care nu va lua conclusiuni (!) și va fi sub censura Secțiunii a II-a a Curței de casațiune.

Acestea sunt puncte sigure.

Cum se fac însă probele înaintea acestei instanțe penale, ca organizațiune, însă civilă ca competență? Probele în materie civilă sunt altele de cit în materie penală, și prin urmare, e important să știm dacă se vor face probele ținîndu-se seamă de natura instanței, ori de natura materiei pe care o judecă instanța. Dacă se ține seamă de natura instanței, jurământul e inadmisibil; în schimb însă se pot admite marturii și presumpțiuni ori-care ar fi valoarea litigiului; dacă, din contră, vom considera natura civilă a afacerii, jurământul e admisibil, marturii însă nu pot fi primiți de cit pînă la valoarea de 150 lei.

Ce se va avea dar în vedere în ipotesa noastră, ca să știm care probe sunt admisibile; instanța sa și materia pe care ea o judecă?

Spre a răspunde la această problemă, care mai rar se întîmplă în practică, voi discuta mai întîi o altă ipotesă mai frecventă și, prin urmare, luminată prin discuțiuni și prin hotărîri judecătorești. Să presupunem că d. Moritz Bank n'ar fi fost achitat de tribunal, și că afacerea s'ar fi judecat în întregime la Curtea de apel.

După ce reguli ar fi trebuit să se facă de d-na Lisoschi probațiunea pretențiunii sale?

Pun cestiunea în termenii cei mai generali și mă întreb; care sunt probele permise de lege părții civile într'un proces penal pentru dovedirea pretențiunilor sale.

Să consultăm autorii și jurisprudența.

«După cum convențiunile nu sunt valabile — zice Larombière, asupra art. 1358 (No. 9)—cînd lucrul care face subiectul lor nu e în comerț, sau cînd cauza e prohibită de lege, contrară bunelor moravuri, sau ordinei publice, tot ast-fel *deferirea jurământului decisor nu este admisibilă, cînd obiectul contestațiunii consistă în lucruri sau în drepturi asupra cărora nu este permis să se transigă* (3).

Larombière e foarte clar: se ține în seamă de *obiectul contestațiunii*, iar nu de *instanța care judecă*. El ne spune că jurământul nu este admis cînd se dă asupra unor drepturi asupra cărora nu se poate transige. Însă, asupra daunelor civile care rezultă dintr'o infracțiune se poate transige, după cum spune formal art. 1707; deci, asupra acestor daune se poate să se dea jurământ.

D. R. Garraud, în Manualul său de drept penal, este și mai decisiv. Dînsul se întrebă dacă sistemul probelor depinde de *natura juridicțiunii* înaintea căreia probele se administrează, și răspunde categoric: «Evident nu; el depinde de *natura faptelor de probat* (4). De exemplu, proba testimonială nu trebuie să fie considerată ca exclusă sau ca admisă numai prin aceea că cine-va se găsește înaintea juridicțiunii civile sau penale» (5).

De aceeași părere este și Faustin Hélie. Examinând ipotesa cînd infracțiunile și au origina lor în violațiunea unui contract, ceea ce este tocmai cazul nostru, Faustin Hélie zice: «In acest cas, *existența contractului, care este condițiunea infracțiunii*, nu poate fi stabilită de cit după *regulele legii civile*» (6). Și mai departe.

«Trebuie dar să considerăm ca o regulă generală că, în urmărirea infracțiunilor care consistă în violarea unui contract, proba contractului necesar *pentru a ajunge la proba infracțiunii* nu poate fi făcută de cit conform *regulelor dreptului civil*» (7).

Ed. Bonnier, în tratatul său clasic asupra probelor, este tot atît de categoric.

El ne spune clar vorbind de admisibilitatea în penal a probei testimoniale că: «Ce n'est pas à la nature du *tribunal*, c'est à la nature des *questions* qu'il convient de s'attacher» (8).

Pe urmă, intrînd în amănunte, se întrebă dacă existența depositului, cînd e vorba de un abusus de încredere, poate să fie probată prin

(3) Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1885, t. VII, p. 293.

(4) Cuvintele subliniate se găsesc subliniate în textul tradus.

(5) Garraud, *Precis de droit criminel*, 8-ème edit., Paris, 1904, No. 444, p. 635.

(6) F. Hélie, *Traité de l'Instruction criminelle*, 2-ème ed., Paris, 1867, t. VI, No. 2893, p. 620.

(7) *Idem*, 2893, p. 623.

(8) Ed. Bonnier, *Traité des preuves*, V-ème ed., par Ferd. Lar-naude, Paris, 1888, No. 224, p. 204.

marturi înaintea tribunalelor penale, ori-care ar fi valoarea depositului? Bonnier ne spune că falsa credință că proba testimonială e tot-d'auna admisibilă înaintea tribunalelor penale, făcuse pe unii autori să creadă, că jurisdicțiunea penală trebuie să se desvestească în asemenea cazuri de afacere și să o trimită înaintea tribunalelor civile, spre a nu se eluda dispozițiunile legii relative la proba testimonială. «Dar — adaogă Bonnier — punctul de plecare era greșit. Nimica nu autorisa să se presupună că aceste reguli (de probațiune) ar fi fost proprii jurisdicțiunii civile...

«Tribunalul penal va judeca incidentul, dar supunându-l, pentru probe, la restricțiunile la care ar fi supus un tribunal civil. Ast-fel este părerea, care a prevalat în jurisprudență, și, ceea-ce e mai de însemnat, e că Curtea de casațiune, voină să-și fixeze ideile asupra acestei importante cestiuni, a aprobat în unanimitate, cu adesiunea lui Merlin, la 12 Noembrie 1813, o notă redactată în acest sens»⁽⁹⁾.

Însă acel care intră în mai multe desvoltări asupra acestei cestiuni este Mangin, în *Tratatul său* celebru asupra acțiunii publice.

El ne spune că atunci când este vorba de violarea unui deposit, de abus de încredere, etc., când adică infracțiunea se compune din două elemente, existența contractului și violațiunea sa, de și ambele cestiuni se resolvă de judecătoria penală, conform principiului: *judecătorul acțiunii e și judecătorul excepțiunii*, totuși, în ceea-ce privește probațiunea existenței contractului, aceste tribunale trebuie să observe regulile impuse tribunalelor civile. Și Mangin motivează ast-fel părerea sa: «Dând tribunalelor penale dreptul de a decide cestiunile civile prejudiciale, care se nasc din acusațiunile aduse înaintea lor, era de temut ca părțile lezate să nu ia calea penală, pentru ca să se prevaleze de un gen de probe pe care tribunalele civile nu le-ar fi admis, dacă s'ar fi adus reclamațiunea înaintea lor. Pentru a preveni un abus atit de grav, jurisprudența a stabilit ca principiu, că regulile dreptului civil, în această materie, sunt comune la toate jurisdicțiunile; că plingerea nu este permisă, fie ministerului public, fie părților vătămate, de cit în cazul când, după legea civilă, proba testimonială este admisă. Când dar infracțiunea nu există în contractul însuși care da loc la urmăriri, și infracțiunea nu rezultă de cit din violațiunea sa, *acest contract rămîne un act civil; și, dacă este tăgăduit, el nu poate fi probat de cit după regulile comune la toate contractele*»⁽¹⁰⁾.

Dar este ceva și mai important; e faimoasa notă Barris, votată în unanimitate de Curtea de

casatiune franceză, la care a aderat și marele jurisconsult Merlin, procurorul general al Curții de casațiune pe acea vreme. Acea notă, care punea principii pe care Curtea de casațiune și propunea să le urmeze în viitor, dispunea ast-fel la punctul al 3-lea, pe care 'l reproduc în întregime.

«Dar pentru a judeca dacă contractul tăgăduit a existat, precum și pentru a judeca dacă există un început de probă scrisă și, prin urmare, că proba testimonială este admisibilă, tribunalele corecționale sunt supuse regulilor fixate de art. 1341 și 1347 Cod civ. Regulele de probațiune fixate în aceste articole nu sunt, fără îndoială, atributive de jurisdicțiune în favoarea tribunalelor civile; dar prin aceea chiar, tribunalele corecționale sunt obligate ca să le observe. Aceste reguli sunt principii generale comune la toate jurisdicțiunile. Infracțiunile sunt susceptibile, fără îndoială, de ori-ce specie de probă, dar *infracțiunea nu e în contractul a căruia violațiune formează obiectul urmăriri*; ea nu este de cit în această violare. *Contractul care nu este de cit un act civil, nu poate fi probat, cînd este tăgăduit, de cit după regulile comune la toate contractele*. Tribunalele corecționale trebuie să se pronunțe asupra intereselor civile; partea civilă nu poate dobîndi înaintea lor de cit ceea-ce ea ar dobîndi înaintea tribunalelor civile; și ea nu poate să dobîndească ceva de cit după probele la care ar fi supusă înaintea acestor tribunale. Ea ar putea să probeze înaintea tribunalelor civile violarea contractului, prin depunerile martorilor, conform articolului 1348 Cod civ.; însă nu ar putea să probeze pre-existența contractului, dacă ar fi tăgăduit, de cit după regulile articolelor 1341 și 1347 din același codice»⁽¹¹⁾.

Cred, că e destul de clar, și mă mărginesc aici cu citațiunile.

Prin urmare, și doctrina și jurisprudența este de acord că, ceea ce se are în vedere, cînd e vorba de probațiune, este natura afacerii iar nu felul instanței. Punctul e absolut sigur, putem zice că azi el se consideră ca un principiu sigur, necontroversat și necontroversabil atit în doctrină cit și în jurisprudență.

Și e natural să fie așa, dacă ne aducem aminte de adevăratul motiv al neadmisibilității jurămîntului în materie penală, care nu este, după cum am spus, din cauză că s'ar pune conștiința infractorilor în grea cumpănă, ci pentru că în materie penală nu are cine să-l dea; și chiar prestat, el nu poate convinge societatea de nevinovăția inculpatului. Cînd însă e vorba de existența contractului, *materie pur civilă*, partea civilă poate, în ceea ce privește interesele sale materiale, să dea un jurămînt, care va fi decisiv însă numai pentru

⁽⁹⁾ Bonnier, op. cit., No. 225, p. 205.

⁽¹⁰⁾ Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile*, 3-ème éd., Paris, 1876, t. I, No. 171, p. 252.

⁽¹¹⁾ Mangin, op. cit., t. I, No. 240, p. 387.

pretențiunile sale. Ea nu poate, de sigur, să se servească pentru probarea pretențiunilor sale, de probele admise în materie penală, *deși se află înaintea unei instanțe penale*, are însă forțamente dreptul de a se servi de probele prescrise de legea civilă, pe care le ar putea invoca înaintea tribunalelor civile. Din infracțiune—ne spune art. 1 Proc. penală—se nasc două acțiuni: acțiunea publică și acțiunea privată. Ambele acțiuni se pot judeca de o dată și înaintea aceluiași judecător, conf. art. 8 Proc. penală și se prescriu prin același timp (art. 593 și urm.). Însă dacă punctele comune sunt puține, diferențele sunt multiple: așa, de exemplu, acțiunea publică se stinge prin moarte și amnistie, însă nu se poate stinge prin transacțiune; din contră acțiunea privată se stinge prin desistare sau împăcare, dar nu se stinge prin moarte sau amnistie. În scurt, se poate zice că, fie-care din aceste două acțiuni, de și derivând din același fapt, din infracțiune, are însă o natură diferită și e supusă regulilor sale proprii, întru cât o dispozițiune formală de lege nu le-ar supune la aceleași reguli juridice.

De aceea, și în cea ce privește probațiunea procurorul va aduce proba, după normele materiei penale sau civile, după cum va voi să probeze un fapt penal sau civil, iar partea vătămată va fi datoare a se conforma regulilor legislațiunii civile, cînd infracțiunea consistă în violarea unui contract civil. Și aceasta e atît de adevărat, în cit Curtea de casațiune francesă, în mod constant, a casat decisiunile în care procurorul, *înaintea tribunalelor penale*, făcuse proba existenței contractului, care era necesară spre a susține în urmă violatiunea sa, servindu-se de regulile de probațiune admise de legea penală (de ex. marturi peste 150 lei). Curtea de casațiune francesă spunea, cu drept cuvînt, că atunci cînd procurorul caută a stabili *existența contractului*, aceasta e *materie civilă*, *deși va servi mai tîrziu la dovedirea unui fapt penal*; prin urmare, ținîndu-se seamă de *natura materiei*, probațiunea va fi făcută după regulile legislațiunii civile⁽¹²⁾. Apoi, dacă procurorul are această obligațiune, cu atît mai mult partea vătămată, care nu are competența să vorbească și să se ocupe de cit despre interesele sale private, nu poate în mod firesc să nu fie supus aceleiași obligațiunii.

Dar dacă partea vătămată are dreptul să facă probațiunea pretențiunilor sale după regulile civile, ea are dreptul să defere și un jurămint inculpatului; căci jurămintul e și el un mijloc de probațiune admis de legea civilă.

Concluziunea este de o logică pe atîta de simplă, pe cit e de riguroasă, și Inalta noastră Curte de casațiune, nu avea nevoie de multe conside-

rente și nici de siluirii de principii, pentru a ajunge la acest rezultat foarte echitabil.

Ce face însă suprema Curte?

Să citim considerentele decisiunii:

«Considerând că jurămintul decisoriu aparține categoriei dovezilor legale instituite în materie civilă, ele avînd de efect, odată prestat, de a impune judecătorului hotărîrea ce trebuie să dea; că un asemenea mijloc de dovadă, prin natura sa chiar, e incompatibil cu materia penală în care legea dă libertate judecătorului de a-și forma convingerea, în conștiință, fără a-i impune vre-o regulă pentru cumpănirea probelor (art. 366 Pr. p.)».

Mai întîiu, observ că Inalta Curte face rău că citează art. 366 Pr. pen. în această discuțiune; acest articol se referă la jurați, care au libertate absolută în privința probelor, pe cînd tribunalele corecționale, care sunt datoare să și motiveze hotărîrile lor, nu se bucură de aceeași libertate. În consecință, cînd o hotărîre a unui tribunal corecțional, ar condamna pe un individ pentru abuz de încredere relativ la un deposit de valoare mai mare de 150 lei, și acest deposit s'ar fi probat prin martori, *fără început de probă scrisă*, acea hotărîre ar fi fără îndoială casabilă; Curtea de casațiune francesă, precum și doctrina, admit acum fără nici o ezitare și discordanță această soluțiune⁽¹³⁾.

Tot așa este și în materie de crimă?

Evident că nu; aci jurații ne fiind îndatorați să și motiveze verdictul lor, ori-care ar fi modul prin care și-au format convingerea, hotărîrea lor rămîne valabilă.

Art. 366 Pr. pen. e dar rău citat, cînd e vorba de materie corecțională.

Dar să nu șicanez mult pe Instanța supremă, pentru un articol citat în paranteză, și să vii la miezul discuțiunii.

Curtea ne spune în resumat, că jurămintul nu e admisibil în materie penală, fiind-că el leagă pe judecător, și judecătorul, în materie penală, trebuie să aibă libertatea aprecierii probelor.

Sunt absolut de acord cu Curtea de casațiune asupra principiului; mă întreb însă: jurămintul *pentru existența contractului civil* relativ la care s'a comis o infracțiune, este un jurămint, adică o probă, *în materie penală*? Superpunîndu-se o infracțiune pe acest contract, *incontestabil civil*, natura *contractului primitiv* s'a schimbat oare și a devenit *penală*? Dar, dacă ar fi devenit penală, atunci am putea să ne servim de marturi, ori-care ar fi valoarea contractului, chiar fără un început de probă scrisă. Admite-va oare Curtea noastră de casațiune această interpretare, pe care Curtea de casațiune fr. o respinge fără nici o ezitare, cu acordul unanim al doctrinei?

⁽¹²⁾ Diferite decisiuni în Mangin, op. cit., N-rele 173—176.

⁽¹³⁾ Vezi numeroasele decisiuni române și străine citate de d-l D. Alexandresco, în t. VII a Coment. sale, p. 252, nota 2.

Prin urmare, contractul rămâne tot civil, de și el a devenit ocaziune pentru comiterea unei infracțiuni. Și e foarte natural să fie așa, fiind-că dovedirea contractului civil nu aduce ca o consecință neapărată dovedirea a însăși infracțiunii, și prin urmare, nu atrage neapărat condamnarea, lucru de care se pare că se teme Curtea noastră de casațiune.

Ce oare? Dacă am dovedit depositul, locațiunea, ori mandatul, prin aceasta însăși am dovedit și abuzul de încredere?

Cine nu vede că mai rămân încă două lucruri importante de dovedit: violațiunea contractului, și intențiunea dolosivă? Și relativ la aceste două elemente, adevăratele elemente ale infracțiunii, judecătorul și va recăpăta libertatea sa de a-și forma convingerea, lucru pe care cu drept cuvânt Curtea de casație îl consideră ca esențial în judecata penală.

În resumat dar, Curtea de casațiune are drept când pune ca principiu că judecătorul în penal trebuie să aibă libertatea de hotărîre, dar greșește în fapt, când crede că jurământul deferit de partea civilă i-ar încetușa această libertate. Chiar de ar jura inculpatul, dacă procurorul posedă și produce proba scrisă a contractului, relativ la care a intervenit abuzul de încredere, inculpatul va fi neapărat condamnat; căci învoiala dintre părți nu leagă pe Ministerul public, conf. art. 5 Cod civ.

Și invers, chiar dacă nu jură inculpatul, el tot poate scăpa de pedeapsă, dacă Ministerul public nu poate proba că contractul, a căruia existență s'a dovedit, a fost obiectul unui abuz de încredere din partea inculpatului.

Prin urmare, încetușarea judecătorului penal de care se teme Curtea noastră de cas., nu există în fapt prin deferirea jurământului de partea civilă.

Noi, pînă aici am presupus că acțiunea publică nu este stinsă, și că acțiunea privată merge alături cu dinsa.

Cu *a fortiori*, această teorie nu putea să sufere nici cea mai mică îndoială în cazul rezolvat de Curtea de casațiune, cînd acțiunea publică era stinsă prin achitarea rămasă definitivă. Aci, acțiunea publică *ne mai fiind în cestiune*, nu mai poate fi vorba de libertatea judecătorului de a-și forma convingerea *in materie penală*.

În judecata apelului Moritz Bank-Lisoski, exista ce e drept *instanță* penală, nu mai exista însă *materie* penală, și prin urmare, rău face Curtea de casațiune că interzice jurământul ca incompatibil cu materia penală. Cum mai putea să mai existe *materie penală*, cînd acțiunea era stinsă? Curtea de casațiune a confundat de sigur în raționamentul său instanța cu materia pe care o judeca. Ceea ce e mai straniu este că însăși suprema noastră instanță, printr'un considerent al deciziunii sale, ce e drept rău redactat, pare a pune adevăratele principii ale acestei materii. Ea zice:

«Considerând că nu este nici-o distincțiune de făcut nici pentru cazul cînd delictul presupune existența unui contract civil, nici pentru cazul cînd acțiunea publică fiind stinsă în prima instanță⁽¹⁴⁾, inculpatul e urmărit în apel numai pentru despăgubiri civile; căci și într'un cas, și într'altul, ceea ce *judecătorul penal trebuie să stabilească, nu e existența pur și simplă, a unei obligațiuni civile, ci violarea frauduloasă a acelei obligațiuni*, adică: un delict penal, ale cărui probe nu pot fi stoarse de la delicuent de cit prin jurământ».

Prin urmare, Curtea de casațiune recunoaște că ceea-ce trebuie să stabilească judecătorul *in penal* (adică în materie penală) *nu e existența pur și simplă a unei obligațiuni civile, ci violarea frauduloasă a unei obligațiuni*, adică: un delict penal. Dar, dacă este așa, cînd judecătorul penal nu are să stabilească *violarea frauduloasă a unei obligațiuni*, id est, cînd nu e vorba de un delict penal, din însuși considerentul Curții de casațiune, *prin a contrario*, rezultă că se poate face proba prin jurământ.

Și tocmai aceasta se cerea de partea vătămată Ema Lisoschi, în procesul său cu Moritz Bank.

Nici d-na Lisoschi însă, nici Ministerul public nu mai cereau să probeze că Moritz Bank a comis o infracțiune; se pretindea numai că a existat un contract între părți, și d-na Lisoschi, cerea să dovedească existența contractului prin jurământ. Sunt dar absolut fără rost cuvintele finale din considerentul Curții de casațiune «*delict penal* ale căruia probe nu pot fi stoarse de la delicuent⁽¹⁵⁾ (sic!) prin jurământ». Căci nu mai putea fi vorba de delict penal, de delicuent, ori de materie penală, cînd achitarea inculpatului a rămas definitivă. Și dacă nu mai poate fi vorba de delict penal, de delicuent și de materie penală, atunci principiul că probele unui *delict penal* nu pot fi stoarse de la un delicuent prin jurământ, este absolut fără rost în considerentul Curții; căci el, de și exact, nu se potrivește cu ipoteza judecată de Curtea de apel din Iași.

Pentru a nu lungi peste măsură acest art., nu mai discut considerentul că: «doctrina și jurisprudența sunt unanime a mărgini aplicațiunea art. 1208 Cod civ.⁽¹⁶⁾ la casurile unde⁽¹⁷⁾ ordinea publică nu e interesată», de și, de la sine se înțelege, că ar fost de dorit, că în locul acestei generalități e-

(14) Considerentul e rău redactat, căci opune două lucruri care nu sunt în realitate opuse. La primul punct (cazul cînd presupune existența unui contract civil), se opune cazul cînd delictul formează o unitate cu contractul, de exemplu: un contract plăsmuit; la al doilea punct (cazul cînd acțiunea publică e stinsă în apel), se opune cazul normal, cînd acțiunea privată merge împreună cu cea publică în apel. Aceste diferite ipoteze presintă diferențe juridice.

(15) Ar fi de dorit ca deciziunile Curții de casațiune să fie redactate mai cu multă îngrijire. Ce însemnează *delicuent* în cazul de față? Chiar termenul inculpat și n'ar fi potrivit.

(16) Jurământul poate fi admis în ori-ce contestații (art. 1208 C. c.),

(17) Mai românește: în care.

xacte, să ne fi arătat, că doctrina și jurisprudența consideră pretențiunile părții vătămate și probațiunea lor ca interesând ordinea publică.

Țin însă să dau o ultimă probă, mai simplă și mai convingătoare, că soluțiunea dată de Inalta Curte de cas. în afacerea aceasta este o soluțiune greșită.

Demonstrațiunea va fi ușoară și quasi-matematică; voi face, ca să mă exprim ast-fel, o contra probă a teoriilor juridice expuse pînă aici.

Curtea de casațiune n'admite jurămîntul deferit de partea vătămată; va admite ea oare interogatorul? Interogatorul este permis și de legea civilă și de legea penală. Cred dar că acest mijloc de probațiune, nu va fi refuzat părții lezate de Inalta noastră Curte de casațiune, după cum n'a fost refuzat nici de instanțele franceze (17).

Dar dacă se admite interogatorul, care vor fi efectele sale, în cazul cînd interogatul recunoaște existența contractului?

În materie penală, judecătorul nu este obligat să ia drept bună mărturisirea inculpatului; din contră în materie civilă: *confessus in jure pro judicato habetur*, mărturisirea, ca și jurămînt., leagă pe judecător.

Ei bine, mă întreb dacă partea civilă într'un proces penal pune un interogator inculpatului, și acesta recunoaște contractul civil, pe care s'a altuit o infracțiune, putea-vor oare judecătorii să nu condamne la restituire?

Este oare în facultatea lor de a condamna la suma recunoscută, sau de a nu condamna pe acela care a mărturisit paguba făcută de el părții civ.? Nu cred că Curtea de cas. să răspundă afirmativ.

Și, dacă judecătorii *sunt obligați să condamne* conform mărturisirei, unde mai este facultatea judecătorului penal de a'și forma convingerea, fără a'î se supune vre-o regulă pentru cumpănirea probelor? Prin urmare, această facultate ne existînd nici în cas de interogator, precum nu există nici în cas de jurămînt, Curtea de casațiune, ca să fie consecință cu sine trebuie să respingă și interogatorul părții vătămate, într'un proces penal cum 'î respinge și jurămîntul.

Va merge Inalta noastră Curte de cas. pînă acolo?

Să presupunem că da, adică: să presupun că condusă de logică, ea nu permite părții lezate nici interogatorul, după cum nu-i permite nici jurămîntul; ei bine! Curtea de casațiune, tot nu va scăpa din încurcătura unei ultime ipoteze.

În adevăr, se poate întîmpla ca inculpatul, fără jurămînt și fără interogator, să mărturisească singur, în mod spontan, că a primit un deposit de cutare valoare și că nu l'a restituit și nici nu poate să-l restituie de o cam dată, fiind-că un terțiu i-a furat acel deposit, sau fiind-că l'a întrebuintat, însă cu gîndul de a-l pune la loc și al restitui.

În acest cas, evident că mărturisirea sa față cu procurorul rămîne la suverana apreciere a judecătorilor penali, cari sunt liberi să nu țină seamă de ea; *quid* însă în ceea ce privește efectele acestei mărturisiri față cu partea vătămată? Judecătorii penali vor putea oare să nu condamne la daunele mărturisite?

Evident că nu: și aici se va aplica regula: *confessus in jure pro judicato habetur*.

Așa dar, dacă *judecătorii penali* nu trebuie nici odată să peardă libertatea lor în cumpănirea probelor, chiar atunci cînd *judecă interese private*, după cum înțelege Curtea noastră de casațiune, evident că nu mai trebuie admisă nici mărturisirea în justiție, după cum nu s'ar admite jurămîntul și interogatorul propus de partea vătămată.

Cu alte cuvinte, trebuie să închidem și gura inculpatului, după ce am legat brațele părții vătămate.

Ce câștigă justiția din această frumoasă interpretare a legii?

Inculpatul câștigă și față cu Ministerul public și față cu partea vătămată; cu o singură lovitură el ucide doi epuri; dar, justiția și societatea nu prea vîd ce câștigă!

În realitate, dacă Curtea de casațiune va persista în această interpretare, partea vătămată se va feri să mai profite de facultatea pe care i-o dă art. 8 Pr. pen., de a intenta acțiunea în despăgubire înaintea tribunalelor penale, și se va adresa la tribunalele civile, care nu-i vor refusa interogatorul și jurămîntul. Ce e drept că Statul va câștiga, grație acestei jurisprudențe cite-va mii de lei pe an mai mult din timbre, însă Ministerul public va perde pe cel mai puternic auxiliar al său, și represiunea penală din România deja slabă, va deveni și mai slabă.

Acesta e oare rezultatul la care vrea să ajungă suprema instanță?

Mi place să cred că Curtea de casațiune nu va persista în această jurisprudență.

Curtea de apel din Iași a comis de sigur o greșală, și-mi pare foarte rău că Inalta Curte de casațiune, după ce prin divergență se îndrumase spre călea cea bună, a ajuns în urmă să formeze majoritatea asupra unei cestiuni, care nu merită nici chiar să fie discutată.

E de sigur o surprindere decisiunea Inaltei Curți de casațiune; ea nu poate și nu trebuie să fie o jurisprudență.

I. Tanoviceanu

Partea II din vol. al VIII-le a Comentariilor Directorului nostru, care trebuia să apară zilele acestea, fără tablă analitică, mai are vre-o cinci-spre-dece zile zăbavă, din cauză că autorul luându-și de seamă, a pus sub presă și această tablă indispensabilă pentru consultarea volumului.

Prin urmare, întregul volum cu tablă lui analitică, care se tipărește actualmente și care va cuprinde peste patru coli, va apare la începutul lunii Decembrie; iar această parte a volumului, cuprindînd comentariile titlului *Vinzăreii*, la care va fi încorporată și tablă întregului volum, oșebit de tablă obicnuită și aceea pe articole, va costa OPT lei în loc de șapte, cât se anunțase mai întăiu cînd volumul trebuia să apară fără tablă.

(17) C. ap. Rouen 31 Ian. 1850, apud Bonnier, op. cit. No. 225, p. 206.