

STUDIA

**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA**

Nr. 4/2012

octombrie - decembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: conf. dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf. dr. Mircea Dan BOB

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

**conf. dr. Sergiu BOGDAN
profesor dr. Dan CHIRICĂ
asist. Cosmin COSTAȘ**

**profesor dr. Mircea MINEA
profesor dr. Liviu POP
profesor dr. Paul VASILESCU**

REFERENȚI:

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

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

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

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Emese Florian - EVOLUȚIA REGLEMENTĂRILOR PRIVIND RELAȚIILE DE LA FAMILIE: DE LA FAMILIA AUTORITARĂ LA FAMILIA ASOCIATIVĂ / L'évolution des réglementations sur les relations de famille: de la famille autoritaire à celle associative.....	5
» Studii: Șerban Mircioiu - UNELE ASPECTE ALE VÂNZĂRII-CUMPĂRĂRII ȘI ALE TRANSFERULUI DREPTULUI DE PROPRIETATE ÎN DREPTUL BIBLIC ȘI ÎN DREPTUL GRECIEI ANTICE / Einige Gesichtspunkte zum Thema Eigentumserwerb durch Kauf nach biblischem und altgriechischem Recht	19
» Articole: Rena van den Bergh - THE LONG LIFE OF LAESIO ENORMIS.....	35
» Articole: Adina Buciuman - SERVITUȚILE ADMINISTRATIVE / Les servitudes administratives	53
» Articole: Bogdan Buta - SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND EXCEPȚIA DE NELEGALITATE ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ȘI A LEGII DE PUNERE ÎN APLICARE A ACESTUIA / Short considerations regarding the objection of illegality with respect to the new Code of Civil Procedure and the law for the enforcement regarding the new Code	95
» Articole: Horia Ciurtin - NOȚIUNEA DE PREȚ ÎN NOUL COD CIVIL: O PERSPECTIVĂ COMPARATIST-CRITICĂ / The Concept of Price in the new Romanian Civil Code: A Comparative-Critical Approach	110
» Articole: Sergiu Deleanu - RECUNOAȘTEREA HOTĂRĂRIILOR STRĂINE ÎN ROMÂNIA POTRIVIT DISPOZIȚIILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ / La reconnaissance des jugements étrangers en Roumanie selon le nouveau code de procédure civile.....	130
» Articole: Alina Oprea - DESPRE RECUNOAȘTEREA STATUTULUI MATRIMONIAL DOBÂNDIT ÎN STRĂINĂTATE ȘI PROTECȚIA EUROPEANĂ A DREPTULUI LA VIAȚA FAMILIALĂ / Sur la reconnaissance du statut matrimonial acquis à l'étranger et la protection européenne du droit à la vie familiale	149
» Articole: Paul Vasilescu - TRADIȚIA IROSITĂ: REGIMURILE MATRIMONIALE DIN VECHIUL COD CIVIL / Tradition gâchée: les régimes matrimoniaux de l'ancien code civil roumain ...	170
» Articole: Iuliana Varjan - UNELE ASPECTE PRIVIND REZERVA SUCCESORALĂ / Some remarks on the compulsory share	210

EVOLUȚIA REGLEMENTĂRILOR PRIVIND RELAȚIILE DE FAMILIE: DE LA FAMILIA AUTORITARĂ LA FAMILIA ASOCIATIVĂ¹

Emese FLORIAN*

Résumé. *L'évolution des réglementations sur les relations de famille: de la famille autoritaire à celle associative. Du point de vue des réglementations qui la consacre comme pilon essentiel de l'ordre juridique, la famille peut – du moment du passage de la juridiction ecclésiastique à celle étatique et jusqu'aujourd'hui – être résumée et largement expliquée dans les paramètres de l'apparition, de l'ascension et de l'affirmation du principe de l'égalité en droits au sein du groupe familial : dans les relations entre les époux, dans les relations entre les parents, entre les enfants issus et non issus du mariage.*

La famille traditionnelle (I), celle décrite par le code civil roumain de 1864, ne se retrouve plus depuis beaucoup de temps dans les textes. Après l'intermezzo, un peu gris (mais stable) de l'épisode prolétaire de son existence juridique (II), gardée depuis 1954 par le Code de la famille, la famille contemporaine (III) réceptionne des évolutions connexes plus ou moins récentes et coordonnées à partir du 1^{er} octobre 2011 par le deuxième livre du nouveau code civil de 2009, tends de devenir un terme générique. Elle désigne un groupe de personnes unies, avec ou sans un serment public, par la communauté de vie, une formation sociale dans laquelle chacun – soit il époux, épouse ou enfant – est l'égal de l'autrui. En conséquence, elle est structurellement incompatible avec de hiérarchisations et, implicitement, avec des restrictions-interdictions qui pourraient peser sur l'autonomie de chacun de ses membres.

A notre avis, la suspicion obsessive envers toute différenciation vue comme porteuse de l'inégalité donne naissance à des généralisations improbables quant aux statut, au rôle etc. en perdant de vue un fait essentiel : la famille même est un symbole des complémentarités des différences : entre les mariés et les non mariés, entre les sexes, entre les générations.

Rezumat. *Familia, văzută prin prisma reglementărilor ce o consacră ca unul din pilonii tradiționali ai ordinii juridice, din momentul trecerii sale din jurisdicția ecleziastică în cea etatică și până azi, poate fi rezumată și, în bună măsură, explicată, în parametrii apariției, ascensiunii și afirmării principiului egalității în drepturi în interiorul grupului familial: în relațiile dintre soți, în relațiile dintre părinți, între copiii din căsătorie și cei din afara căsătoriei.*

Familia tradițională (I), cea descrisă de prevederile Codului civil român de la 1864, de mult nu se mai regăsește în prescripțiile legale. După intermezzo-ul, oarecum cenușiu (dar stabil) al episodului proletar din existența sa juridică (II), veghiată din anul 1954, de prevederile

Codului familiei, familia contemporană (III), receptând evoluții înrudite mai mult sau mai puțin recente, coordonată, începând cu data de 1 octombrie 2011 de prevederile Codului civil din 2009, Cartea a II-a, „Despre familie”, tinde să devină un termen generic desemnând un grup de persoane unite, cu sau fără „legământ” public, prin comunitate de viață, o „formațiune” socială în care fiecare – soț, soție, copil – este egalul celuilalt, în consecință este structural incompatibilă cu ierarhizări și, implicit, cu restricții-inderdicții care să stânjenească manifestarea autonomiei fiecăruia în parte.

În opinia noastră, suspiciunea obsesivă față de orice diferențiere ca purtând germenii inegalității naște generalizări neverosimile de statut, de rol etc., pierzând din vedere un fapt esențial: familia însăși este simbol al complementarității diferențelor: între cei căsătoriți și cei necăsătoriți, între sexe, între generații.

Mots clés: droit de la famille, mariage; filiation, égalité en droits.

Cuvinte cheie: dreptul familiei, căsătorie, filiație, egalitate în drepturi.

„Les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait, ceux d'aujourd'hui se demandent plutôt où elle va”. Jean Carbonnier (Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10e édition., L.G.D.J., 2008, p. 279).

Evoluția familiei, văzută prin prisma reglementărilor ce o consacră ca unul din pilonii tradiționali ai ordinii juridice – alături de contract și de proprietate⁻², din momentul trecerii sale din „jurisdicția” ecleziastică în cea etatică – la noi, odată cu adoptarea Codului civil de la 1864 – și până azi, poate fi rezumată și, în bună măsură explicată, în parametrii apariției, ascensiunii și afirmării principiului egalității în drepturi în interiorul grupului familial: în relațiile dintre soți, în relațiile dintre părinți, între copiii din căsătorie și cei din afara căsătoriei.

Familia tradițională (I), cea descrisă de prevederile Codului civil român de la 1864 (în continuare C.civ.) de mult nu se mai regăsește în prescripțiile legale. După intermezzo-ul, oarecum cenușiu (dar stabil) al episodului proletar din existența sa juridică (II), veghiată din anul 1954, de prevederile Codului familiei, familia contemporană (III), receptând evoluții înrudite mai mult sau mai puțin recente, coordonată, începând cu data de 1 octombrie 2011 de prevederile Codului civil din 2009 (în continuare NCC), Cartea a II-a, „Despre familie”, tinde să devină un termen generic desemnând un grup de persoane unite, cu sau fără „legământ” public, prin comunitate de viață,³ o „formațiune” socială în care fiecare – soț, soție, copil – este egalul celuilalt, în consecință este structural incompatibilă cu ierarhizări și, implicit, cu restricții-inderdicții care să stânjenească manifestarea autonomiei fiecăruia în parte.

I. Familia tradițională. Vechiul nostru Cod civil, elaborat⁴ în 1864 și intrat în vigoare în 1865⁵ este, cum bine se știe, o reproducere a Codului civil francez de la 1804⁶ care, fiind prima codificare modernă din Europa, a avut un răsunet enorm, servind ca sursă de inspirație și altor coduri.⁷

Asemenea „ghidului” său francez, C.civ. a propus și a promovat o viziune cât se poate clară asupra familiei: aceasta avea ca unic fundament căsătoria; doar căsătoria putea legitima filiația paternă; gestiunea treburilor familiale se afla sub autoritatea soțului, ca șef al asociațiunii conjugale. Aceasta este familia „tradițională”.

Codul civil francez nu are un titlu sau un capitol anume consacrat „familiei”; deloc surprinzător, Codul nostru de la 1864, ca și modelul său, trata chestiunile relative familiei – căsătoria, despărțenia, filiația, adopția, puterea părintească - ca parte a atributelor personalității, alături de nume și de domiciliu (Cartea I, Despre persoane). Legea nu s-a ocupat de familie ca entitate – și nici astăzi nu se ocupă, pentru că familia, în sine, nu este subiect de drept și, din punct de vedere juridic, ea nu se relevă decât indirect prin raporturile personale și cele patrimoniale care se stabilesc între persoane în cadrul unor instituții și prin mecanisme regizate de lege; propriu-zis, relațiile și nu persoanele între care ființează aceste relații sunt de primă relevanță, pentru că familia, ca grupare umană, are un contur instabil, sensibil la evenimente precum nașterea, decesul, căsătoria, divorțul.

Ca structură și ca funcții, familia organizată potrivit prescripțiilor legii civile de la 1864 era, în linii generale, continuatoarea familiei rânduită canonic, cu o singură, dar esențială deosebire: apariția instituției divorțului. În opinia noastră, acest corelativ al laicizării căsătoriei, anume disolubilitatea mariajului care, din momentul „adopției” sale de către familie, îi este tovarăș fidel, este premisa care a făcut posibilă sau, după caz, a făcut necesară apariția și ascensiunea principiului egalității în drepturi în interiorul familiei.

Prin ironia hazardului istoric, Codul civil român a importat divorțul francez într-un moment în care Codul civil francez îl avea repudiat:

Revoluția franceză de la 1789 a dat semnalul secularizării instituției căsătoriei. Declarația Drepturilor Omului și ale Cetățeanului (Constituția franceză de la 1791) a „bagatelizat” căsătoria devenită, din sacrament, un contract civil fondat pe ideea de libertate (art. 7). Dogma indisolubilității căsătoriei, adică al caracterului perpetuu al angajamentului marital, oricum vehement contestat în Epoca Luminilor, nu putea fi (și nici nu se dorea a fi) conciliat cu ideea de libertate individuală; în chip firesc, la fel ca orice alt contract, contractul de căsătorie a devenit compatibil cu rezilierea, concluzie atestată oficial prin Legea din 20 septembrie 1792 într-o manieră care făcea divorțul extrem de accesibil.⁸ Codul civil, adoptat la insistența lui Napoleon Bonaparte, a reafirmat caracterul laic al căsătoriei consacrat de

dreptul intermediar, cel Revoluționar,⁹ și a temperat considerabil lejeritatea disoluției acesteia prin eliminarea divorțului pentru nepotrivire de caracter și a divorțului prin consimțământ mutual.¹⁰ În anii Restaurației, la presiunile Bisericii Catolice, care a recuperat din influența sa, divorțul a fost abolit prin Legea din 8 mai 1816 (*la loi de Bonald*) și a lipsit din peisajul legislativ până în anul 1884. Legea din 27 iulie 1884, numită și *la loi Naquet*, mai temperată și circumspectă, a admis numai divorțul din culpă și privea desfacerea căsătoriei ca fenomen deviant.¹¹ Oricum, caracterul laic al căsătoriei a devenit „tabu”, inclusiv în perioada de indisolubilitate a mariajului.

Aceste convulsii ale instituției căsătoriei non-confesionale nu au avut niciun ecou la noi. Reglementarea divorțului a fost preluată de Codul civil român în forma în care și-a găsit consacrare în Codul Napoleon.¹² De la „înălțimea” timpurilor noastre, în care divorțul nu mai este, nici moral și nici legal decât, cel mult, un episod biografic în fireasca rearanjare a configurației conjugale, nu poate trece neobservat faptul că, la data intrării sale în vigoare, Codul civil român se găsea, paradoxal, cu un pas înaintea modelului său francez care, așadar, între-timp, în 1816 repudiase instituția divorțului și nu l-a mai reluat decât în 1884.

În tot cazul, intrarea în vigoare a Codului civil român în 1865 a marcat, și în Țările Române, transformarea căsătoriei într-un contract civil, a cărui celebrare a trecut în competența exclusivă a ofițerului de stare civilă. Dar, pentru că tradiția cununii religioase era adânc înrădăcinată, Constituția de la 1866 a stabilit că actele de căsătorie trebuie întocmite întotdeauna înaintea slujbei religioase, obligatorie dacă legea specială nu dispune altfel (art 22); cu alte cuvinte, căsătoria nu a devenit propriu-zis un contract civil, ci unul mixt, fiind obligatorie atât cununia civilă cât și cea religioasă, în această ordine.¹³

Puterea maritală sau, din perspectiva supusului acestei prerogative, incapacitatea femeii femeii măritate, a amprentat spiritul reglementărilor civile din secolul XIX privitoare la familie. Fragilitatea femeii (doar a celei măritate), fizică și intelectuală, un dat natural care, prin urmare, nu era cazul a fi cercetat ori contestat, a pătruns, prin inerția tradiției, în Codul civil francez și în replicile acestuia.

Propriu-zis, cuantificarea juridică diferențiată între subiectul de drept civil bărbat și femeie își are originea în normele dreptului familial și a rămas emblematică acestora o lungă perioadă, propagându-se și asupra altor instituții civile – contractul, proprietatea.

Paradoxal, Codul civil – francez sau român – nu proclama, cu titlu general, inegalitatea între sexe. Dimpotrivă, una din cuceririle Revoluției Franceze, consacrată de Codul civil este „decretarea” egalității între sexe, exprimată (și) prin capacitatea juridică dobândită, indistinctiv, la împlinirea vârstei majoratului; până în momentul contractării căsătoriei, capacitatea de exercițiu conferea femeii aceleași drepturi și

aceleași prerogative ca și bărbatului. De fapt căsătoria, iar nu „handicapul” de a fi femeie se găsea la originea incapacității femeii măritate.¹⁴

Se cuvine precizarea că incapacitatea femeii măritate a fost instituită, contrar aparențelor, la nivel declarativ cel puțin,¹⁵ nu doar din rațiuni legate de nevoia certitudinii unei ierarhii intrafamiliale, ci și ca instrument de protecție a femeii în fața propriei sale lipse de experiență și a abuzului de influență a bărbatului asupra soției sale. Incapacitatea femeii „dobândită” prin simplul fapt al căsătoriei făcea plauzibilă teoretic mecanismul preluării de către bărbat a prerogativelor conducerii căsniciei, altminteri, independența femeii ar fi compromis controlul, protectiv, al soțului asupra actelor soției,¹⁶ iar direcția bicefală a intereselor familiei ar fi condus la anarhie și, în cele din urmă, la ruina familiei.¹⁷

Consecința „logică”, dătătoare de ton în sfera personală a relațiilor dintre soți, bărbatul a fost învestit cu putere maritală - principiu de ordine publică¹⁸ desemnând „totalul de drepturi pe care le are soțul în calitate de cap al asociației conjugale”¹⁹ - în temeiul art. 195 C.civ. (transpunerea art. 213 C.civ.fr.) potrivit căruia bărbatul este dator a proteja femeia, iar femeia a da ascultare bărbatului,²⁰ dispoziție „securizată” de prevederile art. 1224 C.civ. (având corespondent în art. 1388 C.civ. fr.) interzicând orice convenții prin care s-ar vătăma drepturile bărbatului de cap al familiei sau de cap al asociației conjugale.²¹ Aparent, puterea astfel conferită soțului era neîngrădită, de vreme ce legea nu stabilea nici limite și nici excepții. Însă, potrivit doctrinei vremii, jurisprudența a operat cuvenitele ajustări în raport cu moravurile: nu a admis dreptul la corecție al bărbatului și nici dreptul acestuia de a aduce atingere libertății de conștiință a femeii.²²

Ca atribute incontestabile al puterii maritale, bărbatul alegea domiciliul conjugal și femeia era obligată să-l urmeze²³ (art. 196 C.civ. român, art. 214 C.civ. fr.); corelativ – iată una din manifestările funcției protective a incapacității femeii – bărbatul era ținut să primească pe femeie în casă și să-i asigure mijloacele de trai potrivit cu situația socială și cu averea sa.²⁴ De asemenea, soțul avea dreptul de a supraveghea conduita, relațiile sociale și corespondența soției, în calitatea sa de titular al puterii maritale fiind singurul îndrituit să aprecieze „interesele morale care privesc uniunea conjugală”²⁵. Chestiunea numelui din căsătorie și-a găsit rezolvare prin Legea din 18 martie 1895: la trecerea în căsătorie, femeia dobândește numele patronimic al bărbatului.²⁶ Obligativitatea purtării numelui de familie al soțului ca semn distinctiv al stării civile a fost menținută până în 1936 când, prin Legea numelui din 8 aprilie, se recunoaște femeii dreptul de a purta și numele său, alături de cel al soțului.²⁷ În schimb, datorita de „credință” – adică îndatorirea de fidelitate -, la fel și datorita de sprijin și ajutor (art. 194 C.civ. român, art. 212 C.civ. fr.), considerate

consecințe directe ale căsătoriei iar nu ale puterii maritale, aveau același conținut și pretenția reciprocității.

Cu toate că, la noi, principiul egalității în drepturi între bărbat și femeie și-a găsit consacrare constituțională în 1923,²⁸ teza incapacității femeii măritate a fost abandonată abia prin Legea din 20 aprilie 1932, care a completat art. 194 C. civ. un alineat nou, potrivit căruia „căsătoria nu restrânge capacitatea femeii de a exercita drepturile civile”,²⁹ fără însă ca legiuitorul să fi renunțat sau reorganizat instituția puterii maritale.³⁰ Chiar și cu acest neajuns, trebuie remarcat faptul că legea noastră a precedat repudierea „franceză” a instituției incapacității maritale, realizată în 1938 prin Legea din 18 februarie.³¹

Cât privește raporturile dintre părinți, deși puterea părintească, însemnând „totalitatea drepturilor acordate de lege părinților asupra persoanei și bunurilor copilului, atât timp cât acesta este minor și neemancipat”³² aparținea, formal, atât tatălui, cât și mamei, pe timpul timpului căsătoriei exercițiul autorității părintești revenea tatălui (art. 327 C.civ. român, art. 373 C.civ. fr.). Interesant este – dată fiind similitudinea cu principiul exercițiului comun al autorității părintești de către părinții divorțați, introdus de NCC - că, în situația desfacerii căsătoriei prin divorț, întrucât tatăl nu se mai putea prevala de statutul de cap al familiei, puterea părintească urma a se exercitata de ambii părinți (art. 283 C.civ. român, art. 303 C.civ. fr.).

Codul civil român din sec. XIX, asemenea celui francez, a așezat căsătoria la temelia familiei, familie din care erau excluși copiii născuți în afara căsătoriei. Distincția dintre copilul legitim – cel născut din căsătoria mamei – și cel natural – născut de o femeie necăsătorită –, explicată în doctrina vremii prin protecția pe care legiuitorul este dator să o asigure familiei legitime,³³ a fost promovată de C.civ. român într-o manieră ușor diferită față de sursa sa franceză: copilul, chiar recunoscut de tatăl său, rămânea străin față de acesta și rudele tatălui, pe cale de consecință exclus de la orice fel de efecte juridice ale filiației paterne, inclusiv cele succesoriale.³⁴ Codul Napoleon nu a fost la fel de drastic în privința drepturilor copilului natural – de pildă, i se recunoșteau drepturi succesoriale față de tată, dar într-o cotitate inferioară aceleia cuvenită descendentului legitim. În rest, nu întâlnim deosebiri notabile: cercetarea paternității copilului natural era interzisă cu desăvârșire, cu o singură excepție, anume ca mama să fi fost răpită, iar data concepției să fi coincis cu timpul în care mama a fost răpită. (art. 307 C.civ.român, art. 340 C.civ.fr.); același remediu, căsătoria subsecventă a părinților, pentru ca un copil din afara căsătoriei, fie nelegitim, fie natural, să devină legitim, cu toate drepturile aferente (art. 304 C.civ. român, art. 331 C.civ.fr.). Altfel spus, numai copilul părinților căsătoriți între ei avea sau putea dobândi avantajele legitimității.

În materie de filiație din afara căsătoriei Codul civil francez și-a pierdut din asperitatea prin reformele parțiale înlăptuite la începutul anilor 1900, grație cărora a devenit admisibilă cercetarea judiciară a paternității din afara căsătoriei (art. 340 a fost modificat prin Legea din 16 noiembrie 1912), în schimb, legea română în materie a rămas neschimbată până la intrarea în vigoare a Codului familiei.

II. În epoca sa „proletară”, familia a devenit, cu sau fără voia sa, unul dintre cele mai vehiculate instrumente de propagandă ale ideologiei vremii, inevitabil, cu implicarea legislației familiei. Modelul și sursa de inspirație a legiuitorului s-a mutat de la vest la est. A fost elaborat un Cod anume consacrat familiei – Legea nr. 4/1953 – ³⁵care abia recent și-a încheiat cariera și care, până în anii 1990, nu a suferit modificări majore.

Cu toate defectele sale și în pofida egalitarismului promovat, trebuie să recunoaștem că, în unele privințe, reglementarea dată relațiilor de familie a fost avangardistă în comparație cu evoluțiile din Europa Occidentală.

Căsătoria, evident laică, era sursa unică a familiei [art. 1 alin. (3) C. fam.], iar condițiile restrictive ale divorțului, de ordin substanțial și procedural, îi conferau stabilitate.

Egalitatea în drepturi – un laitmotiv al epocii – și-a găsit împlinire în toate compartimentele relațiilor de familie: între soți, între părinți, între copii.

Bărbatul și femeia având drepturi și obligații egale în căsătorie (art. 25 C.fam.), soții hotărâau de comun acord în tot ceea ce privește căsătoria (art. 26 C. fam.). Se înțelege, aceste principii nu mai au impactul de la vremea edictării lor, 1954, însă, în comparație, „implementarea” în C.civ. fr. a egalității în drepturi a soților a început abia în 1965 și a continuat până în 2002. ³⁶

În compartimentul personal al relațiilor dintre soți, explicit sau implicit, își găseau loc, cu titlu reciproc, aceleași drepturi și îndatoriri ca și în epoca familiei tradiționale, anume dreptul și îndatorirea soților de a-și acorda sprijin moral și material (art. 2 C.fam.), dreptul și îndatorirea de a locui împreună [sugerat de art. 100 alin. (1) C.fam., potrivit căruia „copilul minor locuiește la părinții săi”], datoria de fidelitate a fiecăruia dintre soți [neprevăzută expres, dar unanim admisă doctrinar și jurisprudențial]. ³⁷

Drepturile și îndatoririle părintești, identice în conținut și întindere, reveneau ambilor părinți, fără vreo distincție după cum aceștia erau sau nu căsătoriți, iar măsurile privitoare la persoana și bunurile copilului erau luate de comun acord către părinți [art. 97 alin. (1) și art. 98 alin. (1) C.fam.]. Legiuitorul francez a suprimat puterea părintească a tatălui și a echilibrat rolurile părinților căsătoriți abia prin Legea din 4 iunie 1970, care a modificat prevederile C.civ.fr. referitoare la autoritatea părintească.

În fine, în vreme ce, potrivit legii române, copilul din afara căsătoriei, având filiația legal stabilită față de ambii părinți era, din punct de vedere juridic, deplin asimilat copilului din căsătorie [art. 64 alin. (2) C.fam.], o prevedere similară și-a cucerit locul în C.civ.fr. abia în urma „rescrierii” art. 310 prin Legea din 4 martie 2002.³⁸

Nu este lipsit de semnificație faptul că, potrivit C.fam., dreptul copilului din afara căsătoriei de a-și stabili filiația paternă, prin recunoașterea tatălui sau pe cale judecătorească, era practic neîngrădit – afară de constrângerea termenului de prescripție, în cazul valorificării judiciare a dreptului (art. 56-60); cu un surprinzător decalaj, în Franța, principiul libertății stabilirii filiației, în deplinul său înțeles, a intrat în acțiune în urma reformei în materie de filiație, realizată prin Ordonanța din 4 iulie 2005.³⁹

III. Familia contemporană. La data intrării în vigoare a noului Cod civil, 1 octombrie 2011, egalitatea în drepturi în relațiile din interiorul grupului familial - între soț și soție, tată și mamă, copiii din căsătorie și cei din afara căsătoriei - fiind ireversibil cucerită, s-a cerut doar reafirmată, cu valoare de principiu general în materia relațiilor de familie [art. 258 alin. (1), art. 260 NCC].

Formal, legiuitorul nostru recunoaște un singur model conjugal, anume căsătoria, exclusiv heterosexuală, pe care o așează la temelie edificiului familial [art. 258 alin. (1) NCC].⁴⁰ Căsătoriile dintre persoane de același sex, ca și parteneriatele civile dintre persoane de sex opus sau de același sex, încheiate sau contractate în străinătate, fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini, nu sunt recunoscute în România – avertizează art. 277 NCC.

Cu toate acestea, uniunea liberă s-a „infiltrat” în textele de lege sub acoperirea logodnei. Aceasta, definită ca promisiune reciprocă de a încheia căsătoria, presupune aceleași condiții de fond ca și actul căsătoriei, aplicabile prin asemănare [art. 266 alin. (1) și (2)], deși nu conferă un anume statut juridic, nu este lipsită de avantaje răzlețite în cuprinsul legii, apropiabile de cele specifice stării de căsătorie. De pildă, răspunderea pentru ruperea abuzivă a logodnei sau pentru determinarea culpabilă a ruperii logodnei (art. 269 NCC) și dreptul la despăgubiri al soțului nevinovat care a suferit un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei (art. 388 NCC); admisibilitatea adopției de către partenerul părintelui copilului prin excepție de la regula potrivit căreia adopția multiplă este permisă numai în cazul soților [art. 7¹ alin. (2) lit. c) din Legea nr. 273/2004, introdus prin art. I pct. 3 din Legea nr. 233/2011, care modifică implicit art. 462 NCC].

Înlăturarea, încă din 1954, a distincției între copilul din căsătorie și cel din afara căsătoriei din punctul de vedere al statutului juridic dobândit – deși perfect acoperită moral – a văduvit instituția căsătoriei de menirea sa naturală și tradițională

de a legitima descendența și, indirect, căsătoria nemaifiind resimțită de către părinți ca obligație moral-socială, a contribuit la consolidarea unui model alternativ cuplului conjugal, uniunea consensuală. Familia „naturală” tinde a se identifica cu familia „legitimă”. Unele prevederi ale NCC confirmă o atare tendință. De pildă, prezumția de paternitate - desemnând în persoana soțului mamei pe tatăl copilului născut de aceasta - până de curând de domeniul exclusiv al filiației din căsătorie, are acum o versiune „din afara căsătoriei” prevăzută de art. 426 alin. (1) NCC, conform căruia „paternitatea se prezumă dacă se dovedește că pretinsul tată a conviețuit cu mama copilului în timpul legal al concepțiunii”;⁴¹ de asemenea, din perspectiva exercițiului autorității părintești, practic, art. 505 alin. (1) și (2) NCC a eliminat orice deosebire între familia „*de facto*” și cea „*de iure*”, stabilind că „în cazul copilului din afara căsătoriei (...) autoritatea părintească se exercită în comun și în mod egal de către părinți, dacă aceștia conviețuiesc. (1) Dacă părinții copilului din afara căsătoriei nu conviețuiesc, modul de exercitare a autorității părintești se stabilește de către instanța de tutelă, fiind aplicabile prin asemănare dispozițiile privitoare la divorț” (2). În opinia noastră, faptul că autoritatea părintească se exercită împreună de către părinții necăsătoriți, dacă aceștia conviețuiesc, indică schimbarea radicală a percepției sociale în legătură cu concubinajul.

Credem că apropierea dintre căsătorie și uniunea consensuală este mutuală, sub unele aspecte căsătoria tinde, și ea, să mimeze starea de uniune liberă: temerea larg răspândită dar arareori rostită, în sensul că relația de cuplu alterează într-o măsură semnificativă independența fiecăruia dintre parteneri (doar) dacă este consemnată oficial nu se mai justifică, formal cel puțin, de vreme ce „un soț nu are dreptul să cenzureze corespondența, relațiile sociale sau alegerea profesională a celuilalt soț” (art. 308 NCC); lejeritatea desfacerii căsătoriei, inclusiv extra-judiciar (pe cale notarială sau pe cale administrativă, art. 375 NCC), fie că sunt sau nu copii, așează căsătoria, și punct de vedere al severității tratamentului juridic a intenției de „dezangajare maritală”, în vecinătatea uniunii libere; în caz de divorț, posibila constatare a faptului încetării regimului matrimonial concret al soților pe data separației lor faptice [art. 385 alin. (2) NCC, prin derogare de la regula încetării regimului matrimonial la data introducerii cererii de divorț, statuată prin art. 385 alin. (1) și (3) NCC], crează iluzia că starea de căsătorie este detașabilă de suportul regimului matrimonial, de vreme ce, este adevărat, retrospectiv – privită de la momentul desfacerii sale - căsătoria a ființat un timp oarecare, asemenea uniunii consensuale, fără un regim matrimonial.⁴²

Familia este de domeniul vieții private, valoare protejată față de intruziuni de orice fel. Rolul crescând al autonomiei de voință în interiorul grupului familial conferă însă și un alt sens noțiunii de „viață privată”, afară și alături de cel evocat în prin art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului, anume acela de „privatizare”

a familiei:⁴³ tipul, structura și dinamica relațiilor de familie, personale și patrimoniale, sunt din ce în ce mai consistente reglate, la invitația legiuitorului, prin convenția părților, iar nu printr-un statut impus tuturor cu pretenții de soluție universal-valabilă, potrivit celebrei formule „à chacun sa famille, à chacun son droit”.⁴⁴ Corelativ, așa-numita „ordine publică familială”, adică acel corp de reguli juridice care nu admit derogări, și-a pierdut impetuozitatea. De pildă, cu toate că, spre deosebire de Codul familiei, acum datorita de fidelitate între soți este explicit prevăzută [art. 309 alin. (1) NCC], ea nu are corespondent în sancționarea directă a infidelității.⁴⁵

Concluzii

Unul din pilonii tradiționali ai ordinii juridice, familia, poartă semnalmente stresului de rezistență; propria structură, fragilizată prin „oboseala” instituției căsătoriei – care, pe de o parte, tinde să se efemerizeze prin liberalizarea fără precedent a disoluției sale, pe de altă parte, „vampirizată” de alternativa uniunii consensuale, este expusă riscului de a-și pierde statutul de model de conjugalitate – caută să-și mențină echilibrul transferându-și centrul de greutate asupra legăturii de filiație. Familia este pe cale să devină o construcție pedocentrică;⁴⁶ unele consecințe nu sunt lipsite de o anumită bizarerie: în privința copilului născut în timpul căsătoriei, dar a cărui paternitate a fost tăgăduită – eventual de către însuși terțul pretins tată biologic al copilului (art. 432 NCC) – drepturile și îndatoririle părintești vor fi exercitate, ca regulă, în comun de către părinți, inclusiv în timpul căsătoriei mamei, adică de către aceasta împreună cu terțul-tată;⁴⁷ schimbarea locuinței de către părintele, inclusiv divorțat, la care se află copilul, presupune acordul prealabil al celuilalt părinte dacă schimbarea de locuință afectează exercițiul comun al autorității sau al unor drepturi părintești de către acesta din urmă (art. 497 NCC).

În opinia noastră, suspiciunea obsesivă față de orice diferențiere ca purtând germenii inegalității naște generalizări neverosimile de statut, de rol etc., pierzând din vedere un fapt esențial: familia însăși este simbol al complementarității diferențelor: între cei căsătoriți și cei necăsătoriți, între sexe, între generații.

¹ Studiul este rezultatul cercetărilor finanțate în cadrul proiectului PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, intitulat *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, director Mircea-Dan Bob.

* Conferențiar univ.dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; florian_emese@yahoo.com.

- ² J. Carbonier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e édition, L.G.D.J, 2008, p. 255.
- ³ Pentru opinia potrivit căreia nu căsătoria în sine generează comunitate de viață, ci comunitatea de viață este cea care naște familia, L. Griffon, *Droits de famille et communauté de vie*, Imprimerie La Mouette, 2002, p. 11.
- ⁴ Termenul este impropriu de vreme ce codul nu este mai mult decât traducerea Codului Napoleon, cu rarissime abateri de la sursă.
- ⁵ Codul civil de la 1865 a intrat în vigoare fără ca un Proiect al codului să fi fost prezentat Parlamentului, din cauza dizolvării legislativului de către domnitorul Al.I. Cuza (lovitura de stat de la 2 mai 1865). A se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ed. ALL, București, 1996, vol. I., p. 23; P.C. Vlachide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. I., Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 31. Ca detaliu istoric, Domnitorul Cuza, prin mesajul său din 14 iulie 1864, a indicat Codul civil italian (atunci în curs de redactare) ca model al Codului civil român – M. Grimaldi, *L'exportation du Code civil*, *Pouvoirs*, 2003/4, n°107, p. 83, nota nr. 10.
- ⁶ Pe larg despre „odiseea” Codului civil român, a se vedea M.D. Bocșan, *Le Code Napoléon en Roumanie au siècle dernier*, *Revue internationale de droit comparé*, nr. 2/2004, p. 439-446. Potrivit autorului, consecutiv unei perioade îndelungate de asimilare a noului corp de dispoziții civile – prea moderne într-o societate preponderent rurală, în aplicarea Codului civil de la 1865 pot fi distinse trei etape: 1919/1920-1947 în care, unificarea istorică realizată la 1918 a reclamat și o unificare legislativă; 1948-1989, episodul comunist, marcat de eforturile de reformare a legislației civile potrivit canoanelor ideologiei vremii; 1989 și până la intrarea în vigoare a noului Cod civil realizată prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), perioada dificilă de restaurare a valorilor și aspirațiilor europene.
- Până la Unirea Principatelor Române, înfăptuită la 1 decembrie 1918, în Transilvania, asemenea altor provincii ale Imperiului Austro-Ungar, s-a aplicat Codul civil austriac (pus în aplicare prin Patenta imperială nr. 496 din 1 ianuarie 1812 pentru toate țările germane aparținând, la acea dată, Austriei și extins apoi ca urmare a evoluțiilor istorice, în ceea ce privește Transilvania, prin Patenta Imperială nr. 99 din 29 mai 1853). A se vedea, I. Bolovan, D. Covaci, D. Deteșan, *Legislația ecleziastică și laică privind familia românească din Transilvania în a doua jumătate a secolului al XIX-lea*, Academia Română, Centrul de Studii Transilvane, Cluj-Napoca, 2009, p. 34.
- ⁷ Astfel, Codul civil belgian este o reproducere cvasiintegrală a celui francez, iar Codul civil olandez (1838), cel italian (1865), cel spaniol (1889) sunt impregnate de influența Codului civil francez.
- Codul civil austriac, promulgat în 1811, este străin de înrâuriri franceze. A se vedea, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 22.
- Unii autori explică remarcabilul succes al Codul civil francez prin colaborarea trei factori: militar – deoarece războaiele din sec. XIX au favorizat „colonizarea” legislativă; intelectual-afectiv – prin admirația și simpatia față de Franța, față de idealurile și cultura sa, inclusiv cultura juridică; atuu-ul întâietății, al pionieratului acestei opere legislative în epoca modernă. A se vedea M. Grimaldi, *loc. cit.*, p. 83-86.
- ⁸ Divorțul a devenit admisibil fie pentru motive determinate (demență, condamnare, injurii grave, abandon etc), fie pentru nepotrivire de caracter, fie pe temeiul consimțământului ambilor soți. Cu privire la regimul juridic al divorțului în perioada dreptului intermediar (1792-1804), a se vedea O. Matocq, Y. Favier, *Le divorce*, în *Droit de la famille*, (de P. Murat, coordonator), Dalloz, 5e éd., 2010, p. 203-204; P. Courbe, *Droit de la famille*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2001, p. 113.

- ⁹ A se vedea P. Courbe, *op. cit.*, p. 6. Căsătoria religioasă a supraviețuit doar ca umbră a celei civile, aceasta din urmă singura înzestrată cu valoare juridică și generatoare de efecte recunoscute de lege – P. Courbe, *op. cit.*, p. 19.
- ¹⁰ Ca detaliu istoric, căsătoria dintre Napoleon Bonaparte și Josephine de Beauharnais a fost desfăcută prin consimțământ mutual – F. Dekeuwer-Défossez, *Droit des personnes et de la famille: de 1804 au pacs (et au-delà ...)*, Pouvoirs, 2003/4 n^o107, p. 43.
- ¹¹ M. Lauer, *Obligations procedurales et droit au divorce*, Thèse, Université du Sud Toulon – Var, 2010, p. 13. A se vedea, de asemenea, L. Attuel-Mendès, *Le divorce du XXI^e siècle: un retour aux causes de divorce issues de la pratique judiciaire sous la loi Naquet?*, Petites affiches, 10 mai 2004, n^o 93 (www.Lextenso.fr)
- ¹² C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 234.
- ¹³ Cu totul adevărat că, art. 22 din Constituția din 1866 nu stabilea vreo sancțiune pentru situația omisiunii etapei religioase de oficiere a căsătoriei. Chestiunea valabilității căsătoriei încheiate numai în fața ofițerului de stare civilă, controversată în doctrina și jurisprudența vremii, a fost definitiv lămurită prin Constituția din 1923 care, prin art. 23, a suprimat obligativitatea „benedicției religioase”. Pentru dezvoltări, C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 185.
- ¹⁴ F. Dekeuwer-Défossez, *loc. cit.*, p. 42.
- ¹⁵ În sensul că incapacitatea femeii măritate prevăzută de Codul civil fr. ar fi o categorie diferită de incapacitatea femeii măritate, astfel cum era înfățișată anterior Revoluției, întrucât se fondează pe ideea de protecție și nu de dominație a acesteia, I. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 494.
- ¹⁶ Potrivit doctrinei vremii, caracterul protectiv- iar nu sancționator – al statutului juridic al femeii măritate rezultă fără echivoc din caracterul relativ al nulității care lovește actului juridic încheiat de femeia măritată în lipsa autorizării maritale, adică o nulitate de protecție prin definiție. A se vedea I. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 489-490.
- ¹⁷ F. Dekeuwer-Défossez, *loc. cit.*, p. 42.
- ¹⁸ A. R. Ionașcu, *Curs de drept civil român. Dreptul familiei*, Librăria „Cartea Românească din Cluj” – Sibiu, 1941, vol. II., partea I, p. 89.
- ¹⁹ *Ibidem*.
- ²⁰ Cum au observat clasicii literaturii juridice române, de vreme ce căsătoria este un contract civil, „după o strictă logică, nu există niciun motiv ca în asocierea conjugală, părțile să nu aibă drepturi egale” – C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 490.
- ²¹ În aplicarea acestui principiu, potrivit doctrinei vremii, „nu se poate trece în contractul de căsătorie stipulațiuni prin care s-ar da femeii preponderență în asociația conjugală sau care ar face-o independentă în privința bunurilor față de de bărbat” – C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, vol. IV, Editura SOCEC & S.A.R., 1928, art. 1224, Doctrină, p. 394, nr. 10.
- ²² A. R. Ionașcu, *op. cit.*, p. 90.
- ²³ Afară numai dacă bărbatul era vagabond, exceptând cazul în care era vagabond și în momentul căsătoriei – *Ibidem*, p. 91.
- ²⁴ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 491. Cât privește tratamentul juridic al refuzului femeii de a locui împreună cu bărbatul, păreri exprimate și soluțiile jurisprudențiale pronunțate oscilau între posibilitatea aducerii silite a acesteia cu ajutorul forței publice și cea a obligării femeii la daune-interese – A se vedea C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, vol. I, art. 196, Doctrină, p. 282, nr. 13-16.

- ²⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 493. În sensul că, deși aceste drepturi ale soțului nu sunt explicit prevăzute, rezultă neîndoiește din îndatorirea generală de supunere a femeii stabilită prin art. 194 C.civ. român, a se vedea A. R. Ionașcu, *op. cit.*, p. 91.
- ²⁶ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 143.
- ²⁷ A. R. Ionașcu, *op. cit.*, p. 91.
- ²⁸ Potrivit art. 6 alin. (2) teza a II-a din Constituția României din 1923 (M.Of. nr. 282 din 29 martie 1923), „Drepturile civile ale femeilor se vor stabili pe baza deplinei egalități a celor două sexe”.
- ²⁹ A. R. Ionașcu, *op. cit.*, p. 95.
- ³⁰ Pentru o imagine cuprinzătoare asupra evoluției drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor în legislația românească, a se vedea M.D. Bob, *Probleme de moșteniri în vechiul și noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, Bicărești, 2012, p. 45-51.
- ³¹ „Șeful familiei” a dispărut din Codul civil francez abia în 1970, grație Legii din 4 iunie, care a înlocuit instituția puterii paternale cu cea a autorității părintești.
- ³² C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 364.
- ³³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 305. Principiul inegalității între copiii din căsătorie și cei din afara căsătoriei era menit să protejeze instituția căsătoriei – P. Courbe, *op. cit.*, p. 308.
- ³⁴ În sensul că, prin termenul „copil” din enunțul cuprins în art. 659 C.civ., potrivit căruia „succesiunile sunt deferite copiilor și descendenților defunctului (...)” se înțeleg copiii legitimi și cei adoptați, iar nu și copiii naturali, în consecință, copilul natural, chiar având filiația stabilită față de tatăl său, nu are drept la succesiunea acestuia, a se vedea C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, vol. II, art. 659, Doctrină, nr. 2, p. 370, precum și art. 677, Doctrină, nr. 2, p. 388.
- ³⁵ Publicată în M. Of. nr. 1 din 4 ianuarie 1954.
- ³⁶ A se vedea F. Dekeuwer-Défosse, *Les „droits des femmes” face aux réformes récentes*, în *L'Année sociologique*, 2003/1, vol. 53, p. 177. Potrivit autoarei, prin șirul de acte normative deschis de Legea din 13 iulie 1965 privind regimurile matrimoniale, urmată de o cohortă de acte normative și încheiat, provizoriu, de Legea din 4 martie 2002 referitoare la autoritatea părintească, dreptul familiei a devenit cvasi asexuat, dar nu neapărat egalitar.
- ³⁷ A se vedea, cu titlu exemplificativ, I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a VIII-a, Ed. U.J. , București, 2006, p. 52.
- ³⁸ Cu privire la evoluția secvențială a legislației franceze în această materie, a se vedea F. Granet-Lambrechts, *Filiation par procréation, în Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 543.
- ³⁹ F. Granet-Lambrechts, în *op. cit.*, p. 543-544.
- ⁴⁰ Alături de căsătorie, majoritatea legislațiilor europene – și nu numai -, inclusiv acelea care au servit ca ghid în elaborarea noului Cod civil – C. civ. francez, C.civ. al Provinciei Quebec, C. civ. italian s.m.d., indicate în cuprinsul Expunerii de motive, în „Noul Cod civil 2009 – Legea nr. 287/2009 (M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009)”, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 33 – oferă găzduire și unor forme alternative ale vieții de cuplu, anume concubinajul și PACS-ul. Referitor la pluralismul familial – termen generic ce desemnează diversitatea tipurilor familiale acceptate juridic – a se vedea F. Dekeuwer-Defosse, *A propos du pluralisme des couples et des familles*, Petites affiches, 28 april 1999, n° 84, (www.Lextenso.fr); J-F Sagaut, „Couples au XXIe siècle: le nécessaire état des lieux de la conjugalité” Petites affiches, 21 mai 2010, n° 59 (www.Lextenso.fr); B. Lefebvre, *L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois*, în *L'union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle* (coordonatori P.C. Lafond, B. Lefebvre), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 2-25.

- ⁴¹ Trebuie spus totuși, că cele două prezumții de paternitate au funcții juridice distincte: în cazul copilului din căsătorie, prezumția este modul (singurul) de stabilire a filiației față de tată, în vreme ce, în cazul copilului din afara căsătoriei, prezumția de paternitate este „doar” un mijloc de probă a legăturii de descendență. Pentru unele dezvoltări, a se vedea E. Florian, *Dreptul familiei în reglementarea NCC*, ed. 4, Ed. C.H.Beck, București, 2011, p. 218.
- ⁴² Pentru o privire comparativă asupra raporturilor dintre soți și a celor dintre concubini prin prisma acțiunii principiului îmbogățirii fără justă cauză, în condițiile în care în relațiile dintre soți, spre deosebire de cele dintre partenerii consensuali, există datoria reciprocă de sprijin moral și material, a se vedea M. Burgard, *L'enrichissement sans cause au sein du couple : quelles différences de régime entre époux, partenaires et concubins ?*, Petites affiches, 21 mai 2010, n° 101 (www.Lextenso.fr)
- ⁴³ A se vedea P. Courbe, *op. cit.*, p. 13;
- ⁴⁴ J. Carbonnier, în *Essai sur les lois*, *apud* P. Courbe, *op. cit.*, p. 13, nota nr. 4.
- ⁴⁵ La noi, dar și în alte legislații, adulterul și-a pierdut statutul de cauză peremptorie de divorț (art. 211 C.civ., stabilind că „Bărbatul sau femeia poate cere despărțenia pentru cauză de adulter” a fost abrogat prin art. 49 din Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului privitor la personale fizice și persoanele juridice, M.Of. nr. 9 din 31 ianuarie 1954) și, de asemenea, infracțiunea de adulter a fost dezincriminată (art. I. pct. 65 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, M.Of. nr. 601 din 12 iulie 2006). Legea franceză a retras infidelitatea dintre cauzele peremptorii de divorț abia în 1975, prin același act normativ care a dezincriminat adulterul (Legea din 11 iulie 1975). În cazul Franței, este interesant faptul că dezincriminarea adulterului a fost argumentată prin necesitatea renunțării la inegalitatea dintre sexe promovată prin diferențierea condițiilor de incriminare: în cazul soției, adulterul era pedepsit cu privare de libertate, în vreme ce soțul adulterin nu se expunea decât unei amenzi penale, afară numai dacă fapta sa a fost comisă la domiciliul său conjugal. A se vedea P. Courbe, *op. cit.*, p. 80.
- ⁴⁶ Stă mărturie sintagma „familie monoparentală” întrebuițată în cuprinsul unor acte normative. A se vedea, bunăoară, Legea nr. 236/2008 pentru modificarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 105/2003 privind alocația familială complementară și alocația de susținere pentru familia monoparentală (M. Of. nr. 746 din 4 noiembrie 2008).
- ⁴⁷ Se cuvine precizarea că, acțiunea în tăgada paternității promovată de cel care se pretinde tatăl biologic al copilului având paternitatea prezumată a soțului mamei poate fi admisă numai dacă reclamantul face dovada paternității sale față de copil [art. 432 alin. (1) NCC]. Prin urmare, dacă acțiunea este admisă, are loc o „novație” de paternitate, care scutește de grija stabilirii paternității copilului devenit din afara căsătoriei.

UNELE ASPECTE ALE VÂNZĂRII-CUMPĂRĂRII ȘI ALE TRANSFERULUI DREPTULUI DE PROPRIETATE ÎN DREPTUL BIBLIC ȘI ÎN DREPTUL GRECIEI ANTICE

Șerban MIRCIOIU*

Inhaltsangabe: Einige Gesichtspunkte zum Thema Eigentumserwerb durch Kauf nach biblischem und altgriechischem Recht. Das biblische Kaufrecht ist am stärksten von dem Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit geprägt. Ein Rechtserwerb ist gültig nur wenn ein richtiger Gegenwert dafür in das Eigentum des Veräußerers gelangt ist. Zwischen Leistung und Gegenleistung muss im biblischem Kaufrecht Symmetrie bestehen. Die Kaufpreiszahlung ist eine Voraussetzung für den Erwerb des Eigentums an der Kaufsache.

Im altgriechischen Recht sind Kaufpreiszahlung und Wahrung der Publizitätsformen die Voraussetzungen für den Erwerb des Eigentums an der Kaufsache durch den Käufer und für den Eintritt der dinglichen Wirkung des Kaufs. Die Besitzübergabe spielt beim Erwerbsvorgang keine eigene Rolle. Die Publizitätsformen beim Immobilienkauf sind eine Schöpfung des altgriechischen Rechts die von dem Römer leider vernachlässigt worden waren.

Cuvinte cheie: transferul dreptului de proprietate; vânzarea-cumpărarea; principiul contraprestației necesare; formele de publicitate imobiliară ale Greciei antice; dreptul biblic; vechiul drept grec

Stichwörter: Eigentumserwerb, Kaufvertrag; Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit; Publizitätsformen des griechischen Altertums; biblisches Recht, altgriechisches Recht

1.1. Vânzarea și transferul dreptului de proprietate în dreptul biblic

1. Datorită precarității izvoarelor istorice puține se cunosc despre sistemele de drept antice, altele decât cel roman. Dacă acesta din urmă a fost amplu studiat încă din cele mai vechi timpuri literatura de specialitate dedicată dreptului roman fiind extrem de vastă, un număr mic de cercetători s-au aplecat asupra problematicei drepturilor antice altele decât dreptul roman.

Am ales să începem studiul nostru cu analiza Bibliei nu neapărat datorită faptului că aceasta este „Cartea cărților” și are valența unui text revelat de o importanță covârșitoare în plan religios ci mai ales datorită calității sale de izvor istorico-juridic. Textul Bibliei nu cuprinde prea multe detalii despre vânzare-cumpărare sau despre transferul dreptului de proprietate. De aceea informația oferită de Biblie trebuie interpretată în corelare cu celălalte drepturi antice ale Orientului Mijlociu. Problema esențială este aceea dacă pentru încheierea valabilă a contractului de vânzare-cumpărare sau pentru a opera transferul bunului vândut erau sau nu necesare îndeplinirea anumitor formalități. Studiile juridice moderne¹ au identificat trei tipuri de formalități care ar putea condiționa transferul dreptului de proprietate în dreptul biblic: transferul prin predarea încălțăminte, transferul prin jurământ și transferul prin plata și cântărirea prețului în fața unor martori.

2. Transferul proprietății prin predarea încălțăminte pare a fi susținut de unele pasaje biblice. Astfel în Cartea lui Rut apare următorul pasaj:

Rut Cap. 4: 7 - 8. „Înainte, la facerea unei cumpărături sau a unui schimb, pentru întărirea lucrului, era în Israel obiceiul acesta: unul își descălța sandaua sa și o da celuilalt, care primea dreptul de rudenie mai apropiată și aceasta era mărturie în Israel. Și a zis ruda aceea către Booz: „Cumpăr-o pentru tine ! ” și și-a descălțat sandaua sa și a dat-o acestuia”².

Au fost oferite două explicații³ pentru gestul predării sandalei: fie șireturile acestora reprezentau în mod simbolic legătura contractuală care se definitiva între părți prin predarea sandalelor fie sandalele reprezentau simbolic proprietatea imobiliară asupra terenului pentru că erau destinate să intre în contact cel mai des cu acesta din urmă. Deși cea de-a doua ipoteză pare mai verosimilă, cel puțin în privința terenurilor, textul rămâne totuși echivoc și singular în contextul biblic astfel încât nu se poate trage o concluzie generală cu privire la necesitatea existenței unei asemenea formalități în dreptul biblic. Față de cele susținute de exegeții acestui text ne permitem să adăugăm observația că ipoteza redată mai sus pare a fi aplicabilă într-un caz particular de schimb sau de vânzare fie între rude fie având un obiect mai complex. La o lectură mai atentă se observă că pe lângă teren, Booz achiziționează și dreptul de rudenie mai apropiată și pe Rut moabiteanca, soția lui Mahlon.

3. Transferul prin jurământ apare în alte pasaje biblice:

Facerea (Geneza) Cap. 25: 31 - 34. „Iacov însă i-a răspuns lui Isav: „Vinde-mi mai întâi dreptul tău de întâi-născut! ” Și Isav a răspuns „Iată eu mor. La ce mi-e bun dreptul de întâi-născut ? ” Zisu-i-a Iacov: „Jură-mi-te acum! ” Și i s-a jurat Isav și a vândut lui Iacov dreptul său de întâi-născut ”.

În realitate, așa cum s-a arătat,⁴ și acesta este un caz particular de vânzare în care nu se vând bunuri corporale ci drepturi necorporale care nu pot fi predate material, respectiv dreptul de întâi-născut. Jurământul îi este necesar lui Iacov pentru ca Isav să nu se mai poată răzgândi asupra vânzării sens în care formalitatea jurământului apare ca fiind o măsură de precauție pentru Iacov. Condiția jurământului nu trebuie extrapolată și generalizată tuturor vânzărilor biblice.

4. Transferul proprietății prin plata și cântărirea prețului în fața unor martori, apare cel mai bine ilustrat în pasajul biblic dedicat vânzării-cumpărării peșterii din țarina Macpela. Având în vedere importanța acestui pasaj pentru dreptul biblic ne permitem să îl reproducem integral:

Facerea (Geneza) Cap. 23: 3 - 20. „*Apoi s-a dus Avraam de la moarta sa, a grăit cu fiii lui Het și a zis: „Eu sunt între voi străin și pribeag; dați-mi dar în stăpânire un loc de mormânt la voi, ca să îngrop pe moarta mea”. „Nu, domnul meu, ci ascultă-ne: Tu aici la noi ești un voievod al lui Dumnezeu. Deci, îngroapă-ți moarta în cel mai bun dintre locurile noastre de îngropare, că nici unul dintre noi nu te va opri să-ți îngropi moarta acolo”. Atunci s-a sculat Avraam și s-a închinat poporului țării aceleia, adică fiilor lui Het. Și a grăit către dâșii Avraam și a zis: „Dacă voiți din suflet să-mi îngrop pe moarta mea de la ochii mei, atunci ascultați-mă și rugați pentru mine pe Efron, fiul lui Tohar, Ca să-mi dea peștera Macpela pe care o are în capătul țarinei lui, dar să mi-o dea pe bani gata, ca să o am aici la voi în stăpânire de veci pentru îngropare”. Efron însă ședea atunci în mijlocul fiilor lui Het. Și a răspuns Efron Heteeanul lui Avraam, în auzul fiilor lui Het și al tuturor celor ce veniseră la porțile cetății lui, și a zis: „Nu, domnul meu, ascultă-mă pe mine: Eu îți dau țarina și peștera cea dintr-însa și ți-o dau în fața fiilor poporului; ți-o dau însă în dar. Îngroapă-ți pe moarta ta”. Avraam însă s-a închinat înaintea poporului țării și a grăit către Efron în auzul a tot poporul ținutului aceluia și a zis: „De binevoiești, ascultă-mă și ia de la mine prețul țarinei și voi îngropa acolo pe moarta mea”. Răspuns-a Efron lui Avraam și i-a zis: Ascultă, domnul meu, țarina prețuiește patru sute sicli de argint. Ce este aceasta pentru mine și pentru tine? Îngroapă-ți dar pe moarta ta! Atunci, ascultând pe Efron, Avraam a cântărit lui Efron atâta argint, cât a spus el în auzul fiilor lui Het: patru sute sicli de argint, după prețul negustoresc. Și așa țarina lui Efron, care e lângă Macpela, în fața stejarului Mamvri, țarina și peștera din ea și toți pomii din țarină și tot ce era în hotarele ei de jur împrejur S-au dat lui Avraam moșie de veci, înaintea fiilor lui Het și a tuturor celor ce se strânseseră la poarta cetății lui. După aceasta Avraam a îngropat pe Sarra, femeia sa, în peștera din țarina Macpela, care e în fața lui Mamvri sau a Hebronului, în Canaan. Astfel a trecut de la fiii lui Het la Avraam țarina și peștera cea din ea, ca loc de îngropare.”*

În esența, Avraam negociază cu hittitul Efron cumpărarea peșterii Macpela pentru a putea să o înmormânteze pe Sarra, soția sa, care a decedat. Pentru a dobândi dreptul de proprietate asupra țarinei, asupra tuturor pomilor din țarină și tot ce era în hotarele ei de jur împrejur și asupra peșterii Macpela, Avraam îi cântărește lui Efron în auzul fiilor lui Het patru sute de sicli de argint. În afară de faptul că pasajul biblic tinde a dovedi rolul esențial jucat de plata prețului în cadrul transferului dreptului de proprietate prin vânzare-cumpărare, textul poate pune serioase probleme de interpretare juridică⁵. Avraam vrea să plătească prețul și își manifestă dorința de trei ori în cursul negocierii să cumpere pe bani ceva ce Efron se pare că dorește să îi ofere cu titlu gratuit. Care este motivul pentru care Avraam insistă să cumpere terenul și peștera aferentă plătiind un preț extrem de ridicat?⁶ Avraam era nomad, strain față de hittitul Efron în a cărui țară (Canaan) dorește să cumpere un teren pentru a-și putea înmormânta soția.⁷ O pimă explicație⁸ ar putea fi aceea că, fiind strain, Avraam nu putea dobândi dreptul de proprietate asupra terenului într-o țară străină astfel încât Efron nu a putut recurge decât la soluția unui dar mutual. Textul vorbește însă expres de „*a da pe bani gata*” adică de o vânzare și nu de un schimb.

O a doua explicație⁹ posibilă ar fi aceea că potrivit dreptului hittit cumpărarea unei bucăți de teren nu impunea cumpărătorului niciun fel de obligații fiscale față de rege însă cumpărarea unui lot întreg impunea asemenea obligații fiscale. Avraam dorește să cumpere numai o porțiune limitată „*țarina și peștera din ea și toți pomii din țarină și tot ce era în hotarele ei de jur împrejur*” și nu întregul lot. Efron ar fi avut interesul să înstrăineze întregul lot pentru a scăpa de obligațiile fiscale datorate față de rege. Totuși nimic nu pare să indice faptul că lui Avraam i-ar fi revenit o obligație de plată a unor sarcini fiscale față de suveranului hittit. Niciuna dintre aceste ipoteze nu dă un raspuns credibil la întrebarea legată de refuzul lui Avraam de a primi bunul fără vreo contraprestație din partea sa.

5. Enigma poate fi lămurită dacă aplicăm textului biblic așa numitul Principiu al contraprestației necesare (*Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit*)¹⁰ elaborat de către profesorul german Erwin Seidl. Principiul presupune că ori de câte ori un bun este transferat de la o persoană la alta, bunul rămâne în proprietatea alienatorului până în momentul în care acesta din urmă primește prețul sau contravaloarea bunului de la cumpărător indiferent de câte ori ar fi înstrăinat ulterior bunul respectiv. Așadar un bun, o valoare oarecare remisă de o persoană alteia rămâne în patrimoniul alienatorului până când acesta nu a primit prețul, contravaloarea sau despăgubirea indiferent de forma acesteia. În cazul unui contract de împrumut, împrumutătorul rămâne proprietar al banilor împrumutați¹¹ până când banii sunt restituiți. În cazul unei vânzări-cumpărări, vânzătorul rămâne proprietar asupra

bunului vândut până când primește plata prețului. Proprietatea nu se poate transfera fără plata prețului, o valoare economică nu se poate pierde până când nu este înlocuită cu o altă valoare economică. Această formă de vânzare despre care vorbește textul biblic este vânzarea în forma ei arhetipală (*cash-sale, Barkauf, vente au comptant*) cu plata prețului pe loc, în care plata prețului și transferul proprietății au loc simultan fiind strâns legate unul față de celălalt. Vânzarea-cumpărarea nu era generatoare de obligații.¹² Principiul contraprestației necesare are o aplicație mai largă cuprinzând sfera majorității sistemelor de drept antice din bazinul mediteranean posibil chiar și dreptul roman în forma sa incipientă. Acesta este motivul pentru care insistă Avraam să plătească întregul preț, pentru a putea deveni proprietar. Efron dorește să îi doneze terenul pentru a-l împiedica pe Avraam să dobândească dreptul de proprietate asupra terenului și al peșterii și îi oferă doar un drept de folosință temporar asupra mormântului. Dimpotrivă Avraam dorește să cumpere o proprietate pe care să o poată transmite pe cale succesorală, o proprietate familială, un mormânt familial în care să poată să fie îngropat el și generațiile viitoare care îl vor succeda. Multe societăți antice erau ostile înstrăinării terenurilor către străini¹³, astfel încât oferta generoasă de donație a lui Efron trebuie interpretată nu ca un gest de curtoazie ci mai degrabă ca o tentativă de a-l convinge pe Avraam să nu devină proprietar asupra unui teren pe care acesta să îl poată transfera ereditar. Mai apoi Efron încearcă să îl descurajeze pe Avraam de la cumpărarea terenului prin indicarea unui preț prohibitiv de patru sute de sicli de argint. Abia la a treia încercare în momentul în care Avraam a cântărit lui Efron cei patru sute de sicli de argint, acesta nu mai poate refuza vânzarea de vreme ce stabilise deja un preț ferm și tranzacția se finalizează iar țarina, peștera din ea, toți pomii din țarină și tot ce era în hotarele ei de jur împrejur „*s-au dat lui Avraam moșie de veci, înaintea fiilor lui Het și a tuturor celor ce se strânseseră la poarta cetății lui*”. Textul arată în mod clar, la final, faptul că dreptul de proprietate s-a transferat devenind loc de înhumare pentru Avraam și urmașii săi: „*Astfel a trecut de la fiii lui Het la Avraam țarina și peștera cea din ea, ca loc de îngropare*”.

În alte două pasaje biblice mecanismul pare să fie similar:

Regi II Cap. 24: 21 - 24. „*„La ce a venit domnul meu, regele, la robul tău?” a întrebat Aravna. „Ca să cumpăr de la tine aria, a răspuns David, și să fac acolo jertfelnic Domnului, pentru ca să înceteze moartea în popor” „Să ia domnul meu, regele, și să aducă jertfă Domnului ce voiește, a zis Aravna către David. Iată boii pentru ardere de tot, iar carele și jugurile boilor vor sluji de lemne. Toate acestea le dăruiesc regelui. Domnul Dumnezeul tău să te binecuvânteze! a adăugat Aravna” „Ba nu, a zis regele către Aravna, eu am să-ți plătesc prețul și nu voi aduce Domnului Dumnezeului meu ardere de tot, lucruri luate în dar”. Și a cumpărat David aria și boii cu cincizeci de sicli de argint.”*

Iosua Cap. 24: 32. „Oasele lui Iosif, pe care le aduseseră fiii lui Israel din Egipt, le-au îngropat în Sichem, în partea de țarină pe care o cumpărase Iacov de la fiii lui Hemor, tatăl lui Sichem, cu o sută de arginți, și care căzuse de moștenire fiilor lui Iosif.”

În cele două pasaje este vorba despre cumpărarea terenului unde se va ridica Templul lui David cu prețul de cincizeci de sicli de argint și de cumpărarea mormântului lui Iosif cu prețul de o sută de arginți. Se remarcă din nou în primul pasaj refuzul categoric al regelui David de a primi cu titlu gratuit terenul respectiv și achiziționarea acestuia prin plata prețului.

6. Sursele legale de inspirație ale textelor biblice au fost identificate¹⁴ ca fiind modelele de contracte din perioada neo-babiloniană având în vedere că și textul biblic datează probabil din perioada Exilului poporului evreu în Babilonia. Diferența notabilă ar fi aceea că modelele de contracte babiloniene apar a fi redactate în forma scrisă în vreme ce vânzările biblice sunt încheiate în formă orală. Nu este de neglijat nici rolul jucat de fiii lui Het, respectiv de către poporul hittit având în vedere că vânzarea are loc înaintea fiilor lui Het și a tuturor celor ce se strânseseră la poarta cetății lui. Rolul acestora pare să fie pe lângă acela de suport probator și acela de a asigura o formă incipientă de publicitate dreptului dobândit¹⁵.

7. Interesant este de observat faptul că dreptul mozaic a evoluat într-o altă direcție. Tratatul *Baba meția* care se ocupă de chestiunile privitoare la dobândirea proprietății arată că în cumpărare-vânzare, transferul se operează în momentul în care cumpărătorului îi este livrat (adică primește) lucrul, nu în momentul în care are loc plata.¹⁶ Explicația rezidă în faptul că pe măsură ce tranzacțiile comerciale s-au înmulțit, cumpărătorii plăteau prețul însă lăseau marfa un timp îndelungat în detenția vânzătorului care nu avea niciun interes să o protejeze de distrugere sau furt. Pentru a remedia aceste inconveniente, legea rabinică a stabilit regula ca proprietatea să fie transferată vânzătorului abia la momentul livrării bunului și nu la momentul plății prețului.¹⁷

8. Concluzia care se desprinde din acest excurs biblic este aceea că un bun mobil sau imobil nu poate fi transferat prin vânzare-cumpărare decât în momentul plății integrale a prețului și că actele cu titlu gratuit nu au valența de a transfera un drept de proprietate complet. Desigur, concepte precum proprietate sau vânzare-cumpărare trebuie folosite cu maximă precauție și aproximație pentru perioada istorică la care ne referim. Totuși plata prețului pare să fie un element esențial al vânzării, strâns legat de transferul proprietății.

1.2. Elemente ale transferului dreptului de proprietate prin vânzare-cumpărare în Oikumene-ul Greciei antice

1.2.1. Transferul proprietății în opera homerică

9. Putem afirma fără a ne înșela că la fundamentul civilizației europene moderne se află cultura și civilizația greco-romană. Dacă aportul dreptului roman asupra civilizației europene moderne a fost unul covârșitor, „moștenierea greacă” este mult mai discretă în această privință. Dacă influența Greciei antice în privința filosofiei, artei, literaturii și a politicii nu poate fi pusă sub semnul întrebării, amprenta juridică a lumii grecești asupra civilizației europene rămâne greu perceptibilă.

10. Puține se cunosc despre dreptul privat al lumii grecești antice¹⁸. Nevoia de schimburi comerciale de produse între diferitele comunități a condus la apariția trocului, o formă primitivă de schimb. S-a spus că „vânzarea-cumpărarea este în realitate o creație culturală care depășește o formă primitivă de schimb, operând în baza conceptului valoric născut în sfera formelor economice redistributive și de reciprocitate. Când acest concept se transformă în instrument și parte a tranzacției, în așa fel încât aceasta se poate realiza fără necesitatea unei duble circulații a produselor, apare deja vânzarea-cumpărarea, respectiv schimbul de lucruri pentru valori de schimb care materializează prețul”¹⁹. Evident că evoluția de la troc la vânzarea-cumpărarea monetară a fost una lentă, inițial utilizându-se în loc de monedă valorile de schimb nemonetare precum metalele prețioase sau produsele de larg consum, așadar produse cu valoare recunoscută și ușor cuantificabilă. Folosirea sistematică a monedei în lumea antică este destul de târzie²⁰ astfel încât se pune problema dacă în această perioadă premonetară se poate vorbi despre o vânzare sau mai degrabă de o formă evoluată de troc.

Poemele Homerice²¹Iliada și Odiseea sunt fără îndoială cea mai bogată sursă de informații cu privire la această etapă anterioară punerii în circulație a monedei.

Iliada 7, 456-463. *„Multe corăbii cu vin încărcate sosiră din Lemnos; Mai trimisese de-acolo Euneos, feciorul lui Iason și-al Hipsipilei, Atrizilor, lui Menelau și Agamemnon, Vedre o mie de vin, un dar osebit și aheii Vin de băut neșutau ducându-se pe la corăbii, Unii pe fier sclipitor, iar alții în schimb cu aramă, Alții cu piei și cu vite și oameni căzuți în robie, și-mbeșugat-a fost masa ce dâșii făcură”²².*

Așa cum bine se poate observa din textul homeric mai sus redat, aheii (grecii) și-au procurat vinul pentru diferite alte bunuri: pe fier sclipitor, pe aramă, pe piei de animale, pe vite și chiar pe sclavi. Textul homeric nu folosește cuvântul

a cumpăra ci pe cel de *oinizonto* care are semnificația de a procura.²³ Uneori verbul *oinizonto* a fost tradus cu a cumpăra însă traducătorul cânturilor din Iliada prezentate mai sus a ales forma mai prudentă de a traduce *oinizonto* cu expresia „*au neguțat*” vinul pe diferite produse. Utilizarea verbului *oinizonto*, are înțelesul de a o obține vin de la vapoarele din Lemnos încărcate cu acest produs. Totuși valoarea semantică a cuvântului folosit nu este similară cu aceea de a schimba. Un alt pasaj din Iliada ne poate fi de ajutor:

Iliada 6, 230-236. „*„Hai dar să facem noi trampă de arme-ntre noi ca să știe Toți pe aici că ne leagă o prietenie străveche.” Asta vorbiră amândoi, săriră din care și mâna Prietenește și-o strânsă și întâriră credința. Glaucos atuncea de Zeus orbit, a făcut cu Tidide (Diomede-s.n.) Schimb luând arme de aramă în preț de vreo nouă Boi și dând armele-i scumpe aurite de-o sută de tauri.”*

Pasajul homeric prezintă schimbul de arme între aheul Diomede și troianul Glaucos. Observăm faptul că verbul folosit de această dată este acela de *ameibo* adică a schimba²⁴. Traducătorul ediției române folosește chiar un regionalism, respectiv cuvântul *trampă* care înseamnă troc. În afară de faptul că schimbul s-a dovedit a fi unul total neinspirat pentru Glaucos care schimbă arme aurite în valoare de o sută de tauri pe arme de aramă în preț de nouă boi²⁵ se observă faptul că valoarea etalon la care se raportează armele sunt bovinele. Într-un al treilea pasaj, de această dată din Odiseea se vorbește despre vânzare:

Odiseea²⁶ 1, 575-580 „*Păși cu facile-aprinse Euriclea, O roabă-a lui de treabă ce-a fost fiica Lui Op, odrasla lui Pisenor, și pe care Odată, când era în floarea vârstei, Cu averea sa Laerte-o cumpăraseră Cu preț de douăzeci de boi, și-n casă O prețuia la fel cu-a lui soție;”*

Laertes o cumpără pe sclava Euriclea cu o parte din averea sa cu prețul de douăzeci de boi. De această dată autorul versului utilizează cuvântul *priato* care are semnificația de a cumpăra²⁷, așa cum de altfel îl folosește și traducătorul român.

11. Din această scurtă trecere în revistă a câtorva versuri homerice reiese că în opera poetului antic este dificil de făcut diferențierea între vânzare-cumpărare și schimb. Disputa nu este nicidecum una modernă. Încă în perioada romană, Sabinienii au utilizat versurile homerice în susținerea teoriei conform căreia schimbul (*permutatio*) este o formă de vânzare iar Proculienii au utilizat aceleași versuri homerice susținând teoria că vânzarea-cumpărarea (*emptio venditio*) este diferită de schimb și că prețul poate să fie exprimat numai în bani²⁸.

În aceste etape protomonetare se poate avansa ideea că este vorba de o vânzare-cumpărare deoarece schimbul este unul asimetric, ambele părți raportând bunurile la o valoare de schimb precum: metalul, pieile de animale, scalvii sau cel mai adesea vitele²⁹. Valoarea acestora oscilează în funcție de factorii de piață însă

se poate afirma că este relativ stabilă. Noțiunea de reciprocitate și transferul proprietății sunt elementele comune tuturor formelor de schimb primitiv³⁰. Totuși diferența dintre troc și vânzare-cumpărare ar putea fi făcută prin raportarea obiectelor înstrăinate la o valoare etalon comună și nu neapărat la monedă în sine. Ceea ce aheii oferă marinarilor din Lemnos nu sunt niște obiecte oarecare ca într-un troc obișnuit ci mărfuri de necesitate comuna cu o valoare relativ fixă. Menționarea bronzului și a fierului și nu a unor obiecte fabricate din aceste metale este un argument în plus în sprijinul dovedirii faptului că este vorba despre piese de metal utilizate convențional ca și valori de schimb. Acest aspect i-a făcut pe unii autori³¹ să susțină că în versurile homerice este vorba despre o adevărată vânzare-cumpărare în care conceptul de valoare este substituit celui de preț.

12. După părerea noastră se poate distinge în operele homerice o evoluție de la o formă arhaică de vânzare-cumpărare care iese în evidență în Iliada către o formă tipificată a conceptului de vânzare-cumpărare care apare în Odiseea. Nu trebuie neglijată nici diferențierea de seturi de valori care au stat la baza celor două opere literare. Iliada corespunde mai degrabă fazei războinice și eroice a lumii grecești în vreme ce Odiseea corespunde mai degrabă unei mentalități mai pacifiste orientate spre bunăstare și comerț, or fundamentul juridic al comerțului îl reprezenta vânzarea-cumpărarea. Trecerea de la troc la vânzare a întâmpinat și un obstacol de ordin etic. Trocul reprezintă mai limpede în mentalul colectiv ideea de echitate și de justețe în vreme ce vânzarea-cumpărarea este asociată cu activitatea comercială și cu setea de câștig. De aici valoarea socială negativă care vizează activitatea vânzării-cumpărării comerciale în codurile de valori ale societăților arhaice, ceea ce a dus la un fenomen de rezistență față de această instituție³². O dată cu înlocuirea economiei naturale cu o economie monetară rolul trocului a început să fie preluat de vânzare-cumpărare, instrument juridic care corespundea mai bine noilor necesități.

13. Esențială pentru conturarea vânzării-cumpărării este apariția monedei. Această descoperire a fost de natură să depășească dificultățile legate de lipsa de omogenitate a sistemelor metrologice și a condus în final la apariția noțiunii de preț. Legat de problematica transferului proprietății putem trage concluzia că și în poemele homerice achizitorul nu dobânda proprietatea decât la momentul în care era înmănată valoarea etalon, indiferent de ce formă îmbrăca aceasta.

1.2.2. Transferul proprietății în perioada clasică și elenistică

14. Pe măsura intensificării raporturilor comerciale, vânzarea-cumpărarea a început să joace un rol din ce în ce mai important în lumea greacă. Dreptul grec nu a avut un caracter unitar precum dreptul roman datorită existenței orașelor-cetăți,

fiecare cu specificul propriu. Totuși ne putem forma o imagine de ansamblu asupra elementelor pe care se pune accentul în vechiul drept grec. O primă referire la vânzare-cumpărare o regăsim în lucrarea „Legile” aparținând filosofului grec Platon:

Legile Cartea a VIII-a. „*Cât privește celelalte bunuri și mobile de care poate avea trebuință fiecare, ele se vor expune spre vânzare într-o piață comună, al cărei loc se va hotărâ de către paznicii legii, în învoire cu agoranomii și astinomii, care vor alege pentru aceasta locuri potrivite și vor fixa prețul mărfurilor. Acolo se va face schimbul banilor pe mărfuri și al mărfurilor pe bani, fără să fie înșădit cuiva de a da marfa sa pe credit. Oricine o va fi dat astfel, bazându-se pe buna-credință a cumpărătorului, nu se va putea plânge, fie că i se plătește sau nu, pentru că nu se va înființa nicio acțiune în justiție pentru felul acesta de vânzări. Dacă cineva vinde sau cumpără ceva într-o cantitate mai mare și mai scump decât prevede legea, care a hotărât limita maximă și minimă a prețurilor de vânzare a mărfurilor, fără a da voie să se treacă peste ea, plusul de va trece în conturile păzitorilor legii, iar ce lipsește până la valoarea prețului just se va șterge³³”.*

Legile Cartea a XI-a. „*Toate faptele de vânzare sau cumpărare să se facă în piață, în locurile hotărâte pentru fiecare fel de mărfuri; vânzătorul să predea marfa și să primească pe loc prețul. Să nu se vândă sau să se cumpere într-alt loc și nici pe datorie. Și dacă cineva schimbă cu altcineva ceva pentru alt lucru în alt loc și în alt mod, având încredere în acela cu care contractează, facă ce vrea; însă să știe că legea nu-i dă nicio acțiune civilă relativă la acele schimburi și vânzări făcute în alte condiții decât cele vorbite.³⁴”*

Din textul marelui filosof grec reiese în primul rând că numai vânzarea cu plata prețului pe loc este permisă, adică bani pentru mărfuri și mărfuri pentru bani. Este forma cea mai veche de vânzare în care plata prețului și transferul proprietății au loc simultan (*cash-sale, Barkauf, vente au comptant*). Vânzarea nu poate avea loc decât prin remiterea bunurilor vândute și prin plata prețului. Dacă vânzarea nu are loc de îndată, legea nu pune la dispoziția celui păgubit niciun fel de acțiune civilă. Vânzarea pe credit sau pe datorie nu era permisă. Această regulă corespundea mai degrabă unei economii rurale și mai puțin unei economii bazate pe comerț.

În al doilea rând se poate observa existența unui mercurial deoarece era stabilită de către agoranomi și astinomi limita maximă și minimă a prețurilor de vânzare a mărfurilor.

În al treilea rând vânzarea nu poate avea loc decât în piața publică în locurile stabilite pentru fiecare fel de mărfuri. În cazul în care vânzarea avea loc pe bază de încredere între părți într-un alt loc decât piața publică, legea nu pune la dispoziția celui păgubit niciun fel de acțiune civilă. Este una dintre primele atestări a unei forme de publicitate³⁵ a unui drept dobândit. Vânzarea în piața publică apare

ca o formă de publicitate menită să protejeze pe cumpărătorul diligent și de bună-credință de o posibilă evicțiune din partea adevăratului proprietar.

15. Autorii mai vechi³⁶ care s-au aplecat asupra dreptului grec antic au consacrat caracterul consensual al vânzării grecești. Potrivit acestei interpretări proprietatea asupra bunului vândut se transfera asupra cumpărătorului, cel puțin *inter partes* doar prin efectul contractului de vânzare-cumpărare *solo consensu*. Numai în ceea ce privește transferul față de terți era necesară îndeplinirea anumitor formalități prescrise de lege³⁷. Această interpretare, care are la bază unele texte ale filosofului grec Teophrast, a fost în cele din urmă abandonată de către cercetarea juridică modernă³⁸.

16. Fundamentală pentru înțelegerea vechiului drept grec rămâne lucrarea profesorului german Fritz Pringsheim³⁹. Potrivit acestuia „Dreptul grec nu a abandonat niciodată principiul vânzării-cumpărării cu plata prețului pe loc. La fel ca toate celălalte drepturi antice cu excepția dreptului roman, dreptul grec a rămas fidel acestui principiu. Vânzarea este pentru greci identică cu schimbul de bani pentru mărfuri. Nu își puteau imagina existența vânzării fără plata prețului. Contracte consensuale care să dea naștere unor obligații reciproce nu existau în Grecia antică la fel cum nu existau nici acțiuni în justiție pentru executarea obligațiilor născute din contract. Există numai o formă de înțelegere prealabilă care schița elementele viitorului schimb de marfă pentru bani. Dreptul grec a separat predarea bunului vândut de vânzarea propriu zisă astfel încât singurul element de care depindea transferul dreptului de proprietate a rămas plata prețului și nu predarea bunului. Regula era aplicabilă atât bunurilor mobile cât și celor imobile, cu mențiunea că acestora din urmă le erau aplicabile și diferitele forme de publicitate imobiliară. În cazul în care vânzătorul vindea un bun care nu îi aparținea și cumpărătorul era evins de către adevăratul proprietar, vânzătorul trebuia să îl despăgubească pe cumpărător însă nu în baza unui temei contractual”⁴⁰.

Tezele formulate de către Pringsheim la jumătatea secolului trecut au fost aproape unanim acceptate de către cercetarea juridică modernă⁴¹. O vânzare nu căpăta semnificație juridică decât prin plata prețului astfel încât numai o vânzare care se forma și își epuiza efectele pe loc putea avea relevanță juridică în vechiul drept grec. Predarea bunului nu juca niciun rol în mecanismul de transfer al proprietății. Plata integrală a prețului era singurul criteriu apt să conducă la transferul dreptului de proprietate. Formalismul anumitor acte juridice nu influența translațiunea dreptului⁴².

17. Mai interesantă și originală pentru vechiul drept grec ni se pare problematica publicității imobiliare. În afară de formalismul anumitor acte juridice care juca mai mult rolul unui suport probator adecvat, se dezvoltă în dreptul grec prin secolul IV î.Hr. ideea necesității de a aduce la cunoștința publică conținutul

anumitor acte juridice. Dobânditorul unui drept trebuia să fie cunoscut în ochii comunității pentru ca dobândirea dreptului să nu rămână ocultă. Publicitatea juca rolul unui mijloc de conservare al dreptului dobândit față de persoane care ar putea avea anumite interese în legătură cu acel drept. Nu trebuie însă minimalizat nici rolul fiscal și acela de instrument de control social jucat de publicitatea imobiliară. Formele publicității imobiliare erau numeroase⁴³: anunțarea tranzacției prin intermediul unui crainic, prin publicarea oficială a tranzacțiilor pe niște tăblițe de lemn (*anagraphai*)⁴⁴, încheierea contractelor de vânzare-cumpărare în piața publică, trecerea contractelor de vânzare-cumpărare în registrele pentru plata impozitelor, prezența vecinilor la momentul vânzării unei proprietăți funciare. Vecinii terenurilor care urmau să fie înstrăinate jucau rolul unei „cărți funciare vii”⁴⁵. Cel care achiziționa un teren urma să fie pus la adăpost de un eventual revendicator pentru că vecinii puteau cel mai bine garanta faptul că bunul nu este înstrăinat a doua oară. Această formă de publicitate se suprapunea adeseori cu înregistrarea contractelor în registrele pentru plata impozitelor. Prin trecerea în registrul de plată al impozitelor, cumpărătorul apărea în fața autorităților drept adevăratul proprietar pentru că numai un proprietar avea interesul să plătească impozitul. Se pare că trecerea în astfel de registre publice juca un dublu rol, atât formă de publicitate cât și mijloc de precepere al obligațiilor fiscale. Este unanim acceptat⁴⁶ faptul că vechii greci cunoșteau o anumită noțiune a dreptului de proprietate dar nu în sens absolut și probabil că nu faceau nici distincția dogmatică între proprietate și posesie. Predarea posesiei nu avea niciun fel de funcție juridică. Important pentru a triumfa într-un ipotetic conflict juridic era de stabilit cine a dobândit dreptul „mai îndreptățit” sens în care formele de publicitate dublate de trecerea timpului jucau un rol esențial. Adeseori trecerea în registrul public era asigurată de către un funcționar public, astinomul. Acesta aveau rolul de a percepe el însuși care era situația juridică reală a terenurilor și de a garanta corectitudinea înscrierilor. Evident că în orașele grecești în care funcționa un asemenea sistem se putea cunoaște mult mai ușor dacă imobilul era liber de sarcini sau dacă era înstrăinat unei alte persoane. Platon arată importanța publicității imobiliare în Legile Cartea a XI-a.: *„Când cineva reclamă că un altul posedă o parte mai mare ori mai mică din avutul său, iar celălalt deși recunoaște că deține obiectul, însă neagă că ar fi al reclamantului, în caz că obiectul e înscris în tabelele magistraților, cum cere legea, să cheme pe deținătorul obiectului înaintea magistraților. Acela din doi la partida căruia se va găsi înscris obiectul, să rămână posesorul neturburat al lui.”*⁴⁷ Preferat în conflictul juridic va fi cel trecut în tabelele magistraților. Interesant este de remarcat faptul că numai vânzările-cumpărările apar trecute în asemenea forme de publicitate nu și succesiunile⁴⁸ ceea ce denotă totuși caracterul imperfect al publicității imobiliare

grecești. Evident că aceste reguli nu pot fi generalizate și aplicate tuturor orașelor-state grecești fiecare cu legile sale proprii. Este dificil de spus care era valoarea juridică a unei vânzări neînregistrate într-un registru public. A susține că era transferat numai un drept de proprietate imperfect este numai o ipoteză de lucru. Putem reține însă că transferul dreptului de proprietate imobiliar depindea într-o oarecare măsură mai mare sau mai mică de trei elemente: plata prețului, plata impozitului și înregistrarea într-un registru public.

18. Din această scurtă trecere în revistă a elementelor dreptului grec antic în materia care ne interesează putem trage concluzia că un loc esențial în gândirea juridică a acestuia precum și a celorlalte sisteme juridice ale bazinului mediteranean, altlele decât cel roman, îl ocupa plata prețului. Rolul acesteia era esențial în mecanismul de transfer al dreptului de proprietate. În mod bizar niciunul dintre sistemele juridice antice ulterioare precum cel roman sau chiar codurile civile moderne nu au ales soluția legării transferului dreptului de proprietate de plata prețului. Probabil că acest mod de gândire era impregnat de concepția unei vânzări cu plata prețului pe loc, proprietatea asupra obiectului vândut schimbată contra plății prețului, totul desfășurându-se într-o singură etapă indisolubil legată. Genul acesta de vânzare este cel mai apropiat din punct de vedere psihologic de ideea de troc. Conceptul de obligație sau de consimțământ așa cum apare el sistematizat în dreptul roman pare să fi fost străin dreptului grec. Desigur lipsa unor lucrări juridice teoretice și a unei sistem juridic încheșat precum cel roman ne face să avem o imagine incompletă asupra vechiului drept grec. Totuși se poate presupune că acesta nu a ajuns la forța de conceptualizare a unor noțiuni abstracte precum a făcut-o dreptul roman. Dintr-o altă perspectivă trebuie să observăm că pentru transferul bunurilor imobile apare, în orașele-stat grecești, ideea necesității existenței unor formalități de publicitate imobiliară din cele mai variate. Este elementul de originalitate al vechiului drept grec, pe care romanii în general l-au pus pe un plan secundar însă care se regăsește în majoritatea legislațiilor moderne.

* Avocat, Baroul Cluj, doctorand la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca;
serban.mircioiu@avocatbaras.ro.

¹ A se vedea, pentru întreaga problematică a transferului dreptului de proprietate în dreptul biblic, J.-P. Levy, *Les ventes dans la Bible, le transfert de propriété et le "Prinzip der notwendigen Entgeltlichkeit"* în „Mélanges Ph. Meylan”, II , Imprimerie Centrale de Lausanne, Lausanne, 1963, p. 157-167.

- ² Am utilizat pentru textele biblice, *Biblia Sau Sfânta Scriptură*, tipărită acum a doua oară sub îndrumarea și purtarea de grijă a prea fericitului părinte Justinian patriarhul Bisericii Ortodoxe Române cu aprobarea Sfântului Sinod, Editura Institutului Biblic și De Misiune Ortodoxă Al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1975.
- ³ A se vedea J.-P. Levy, *op. cit.*, p. 157.
- ⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 159.
- ⁵ A se vedea, pentru o analiză exegetică a întregului pasaj biblic, R. Westbrook, *Property and the family in Biblical law*, Sheffield Academic Press, Sheffield, 1991, p. 24-36.
- ⁶ Este dificil totuși a aprecia astăzi valoarea reală a prețului plătit de Avraam. Așa cum corect s-a observat, prețul în sine nu reprezintă elementul esențial al negocierii. A se vedea, R. Westbrook *op. cit.*, p. 24.
- ⁷ De remarcat este faptul că la vânzare participă nu numai Efron ci și fiii lui Het, respectiv poporul hittit care stăpânea în acea perioadă potrivit Bibliei țara Canaanului, popor care pare a juca și el un rol în actul de vânzare-cumpărare.
- ⁸ A se vedea R. Westbrook, *op. cit.*, p. 25.
- ⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 26.
- ¹⁰ Pentru dezvoltări asupra acestui principiu a se vedea : E. Seidl, *Altägyptisches Recht*, în „*Handbuch der Orientalistik*”, *Erste Abteilung Der Nahe und der Mittlere Osten, Ergänzungsband III Orientalisches Recht*, E.J. Brill, Leiden, 1964, p. 18-20; J.-P. Levy, *op. cit.*, p. 161; R. Westbrook, *op. cit.*, p. 27.
- ¹¹ Fiind vorba de bunuri fungibile se poate vorbi mai degrabă de proprietate asupra valorii lor. A se vedea J.-P. Levy *op. cit.*, p. 161.
- ¹² O subtilă diferențiere s-a făcut între mancipațiunea romană și vânzarea-cumpărarea prezentată în textul biblic. Astfel în vreme ce în cazul mancipațiunii romane, care era la rândul ei o formă de transfer a proprietății distinctă de contractul de vânzare-cumpărare în care fiecare element era indispensabil și nu putea fi înlocuit cu alte acte echivalente sub sancțiunea ineficacității, întreaga operațiune fiind o *venditio imaginaria*, în Biblie cântărirea și predarea metalului este reală și nu fictivă reprezentând prețul efectiv remis. Cântărirea și plata prețului nu reprezintă o chestiune de formă ci chiar elementul de fond care operează transferul dreptului de proprietate. A se vedea pentru această diferențiere J.-P. Levy *op. cit.*, p. 160. Totuși suntem de părere că aceste afirmații pot fi susținute numai pentru evoluția ulterioară a mancipațiunii așa cum ne-o prezintă Gaius pentru că inițial mancipațiunea nu era altceva decât o modalitate de transfer a anumitor bunuri în schimbul unui preț exprimat într-o anumită cantitate de bronz, cântărirea fiind una cât se poate de reală. Credem că se poate susține că mancipațiunea originară se apropia mult de vânzările biblice, cu diferența notabilă că în cazul mancipațiunii pe prim plan era pusă respectarea cu strictețe a ritualului.
- ¹³ În mod cu totul bizar interdicția respectivă s-a regăsit până de curând în legislația română dacă ne gândim numai la art. 3 alin. 1 din Legea nr. 54/1998 în prezent abrogat care prevedea că: „Cetățenii străini și apatrizii nu pot dobândi dreptul de proprietate asupra terenurilor”.
- ¹⁴ A se vedea R. Westbrook, *op. cit.*, p. 30-35.
- ¹⁵ S-a sugerat și posibilitatea ca prezența regelui la astfel de tranzacții să fie una de intermediar, proprietatea trecând din mâna alienatorului întâi în mâna regelui și mai apoi în cea a achizitorului, conferind astfel dreptului achiziționat un fel de „curățare” a acestuia de eventualele vicii ascunse și oferind achizitorului o protecție sporită față de pretențiile unor eventuali terți concurenți. A se vedea R. Westbrook, *op. cit.*, p. 33. Deși în opinia noastră este greu de stabilit rolul precis jucat de suveran în astfel de tranzacții trebuie remarcat faptul că mecanismul ar putea reprezenta „germenul” ideii de publicitate imobiliară.

- ¹⁶ A se vedea A.Cohen, *Talmudul*, Editura Hasefer, București, 1999, p. 447.
- ¹⁷ A se vedea J.-P. Levy, *op. cit.*, p. 167.
- ¹⁸ Pentru o amplă analiză istorico-lingvistică a vânzării-cumpărării în lumea greacă, a se vedea R. L. Melero, *Sobre los origenes y el carácter de la compra venta en el mundo griego*, în „Gerión”, nr. 1/1983, p. 63-103.
- ¹⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 63.
- ²⁰ În sistemele premonetare, folosirea pieselor metalice de greutate graduală și ștanțate deși fără forma și caracteristicile monedei, s-a generalizat repede, și a jucat un rol echivalent monedei. În Mesopotamia s-a utilizat argintul din cel de-al III-lea mileniu î.Hr., folosindu-se ca și etalon o piesă de opt grame, *siclul*. Probabil că valorile exprimate cu titlu de preț prezente în textele biblice, cuprind aceiași unitate monetară, respectiv *siclul*, a se vedea *supra*. p. 3-4. În Grecia propriu-zisă la început s-a folosit ca etalon fierul. Moneda apare abia spre anul 700 î.Hr. într-un anumit punct al Asiei Mici, poate în Lidia, sau, poate în orașele ionice de pe coasta mării mediterane. Atena introduce moneda puțin după anul 600 î.Hr. iar Cartagina introduce moneda spre anul 400 î.Hr. A se vedea R. L. Melero, *op. cit.*, p. 64.
- ²¹ Paternitatea Iliadei și a Odiseei a învrăjbit lumea științifică de multă vreme. Putem totuși afirma cu o oarecare aproximație faptul că între cele două opere există un decalaj, alcătuirea Iliadei situându-se la sfârșitul secolului al IX-lea î.Hr. iar cea a Odiseei către mijlocul secolului al VIII-lea î.Hr. A se vedea P. Lévêque, *Aventura greacă*, vol. I, Editura Meridiane, București, 1987, p. 142.
- ²² A se vedea Homer, *Iliada*, în românește de G. Murnu, Editura de stat pentru literatură și artă, București, 1955.
- ²³ A se vedea P. Blaho, *Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer* în „Kauf nach Römischem Recht : Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen”, Springer-Verlag, Leipzig, 2008, p. 53-61.
- ²⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 59.
- ²⁵ Se pare că diferența nu este doar cantitativă ci și calitativă.
- ²⁶ A se vedea Homer, *Odiseea*, în românește de G. Murnu, Editura de stat pentru literatură și artă, București, 1956.
- ²⁷ A se vedea P. Blaho, *op. cit.*, p. 59.
- ²⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 55.
- ²⁹ Nu numai necesitățile economice, dar și cele religioase au contribuit la elaborarea noțiunii de schimb, printr-o trecere de la ideea de bou destinat sacrificiului la ideea de bou-monedă. A se vedea P. Lévêque, *op. cit.*, p. 163. În mod similar romanii foloseau ca etalon al valorii tot vitele, (*pecus*) de unde provine modernul pecuniar.
- ³⁰ A se vedea R. L. Melero, *op. cit.*, p. 68.
- ³¹ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 75.
- ³² A se vedea R. L. Melero, *op. cit.*, p. 70.
- ³³ A se vedea Platon, *Legile*, traducere de E. Bezdechi, Editura univers enciclopedic gold, București, 2010 p. 260-261.
- ³⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 323-324.

- ³⁵ A se vedea, pentru problematica publicității drepturilor imobiliare în dreptul grec, J. Partsch, *Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte* în „Festschrift für Otto Lenel zum Fünfzigjährigen Doctorjubiläum”, Verlag Von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1921, p. 77-203.
- ³⁶ A se vedea L. Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, Chevalier-Marescq Éditeurs, t. III, Paris, 1897, p. 116-122. Deși impresionantă ca și volum, lucrarea autorului francez are tendința de a transpune vechiului drept grec, noțiuni și concepte specifice dreptului francez modern precum noțiunea de obligație sau cea de opozabilitate față de terți.
- ³⁷ Idem, *op. cit.*, t. IV p. 118-125.
- ³⁸ A se vedea J. Partsch, *op. cit.*, p. 137-138. Autorul demonstrează încă de la începutul secolului XX d.Hr. faptul că nu se poate vorbi despre un contract de vânzare-cumpărare generator de obligații în dreptul grec și că predarea posesiei nu juca niciun fel de rol în transferul dreptului de proprietate nici în vechiul drept grec și nici în dreptul elenistic.
- ³⁹ A se vedea F. Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1950.
- ⁴⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 90-92.
- ⁴¹ A se vedea J. Herrmann, *Zum Eigentumserwerb beim Mobiliarkauf nach Griechischem Recht* în „Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag”, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976, p. 615-627. Pentru unele nuanțări și pentru analiza noțiunilor de *Parachoresis*, *Ekchoresis* și *Epichoresis* privite ca acte distincte menite să contribuie la transferul proprietății a se vedea H. A. Rupprecht, *Rechtsübertragung in der Papyri Zur Entwicklung von Parachoresis und Ekchoresis* în „Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel”, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1984, p. 365-390. Pentru o opinie contrară tezelor formulate de către Pringsheim favorabilă existenței contractelor consensuale la Atena exprimate prin noțiunea de *homologia* a se vedea E. E. Cohen, *Consensual Contracts at Athens*, în „Symposion 2003 Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte”, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, Wien, 2006, p. 73-85.
- ⁴² A se vedea F. Pringsheim, *op. cit.*, p. 203-204. Pentru unele dubii asupra acestui aspect a se vedea J. Herrmann, *op. cit.*, p. 625.
- ⁴³ A se vedea J. Partsch, *op. cit.*, p. 79-84.
- ⁴⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 81. Piatra era destinată legilor, decretelor și deciziilor importante din viața cetății nu și actelor particularilor pentru care se utiliza mult mai perisabilul lemn de tei.
- ⁴⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 88.
- ⁴⁶ A se vedea J. Herrmann, *op. cit.*, p. 615.
- ⁴⁷ A se vedea Platon, *op. cit.*, p. 322.
- ⁴⁸ A se vedea J. Partsch, *op. cit.*, p. 128.

ARTICOLE

THE LONG LIFE OF LAESIO ENORMIS

Rena van den BERGH*

Abstract: *Although it is often said that the price in a contract of purchase and sale must be iustum (fair or just), it was not a requirement for the validity of the contract in Roman law. In classical Roman law of sale no account was taken of unequal bargaining power in the parties and they were entire free to fix the price, there being no requirement that the price must be adequate or fair. In late Roman law, however, there was an attempt to require a “just” price in a contract of purchase and sale. The doctrine upon which this was built, was known as laesio enormis. This Roman-law doctrine was later received in the Netherlands and although it extended to contracts generally, it was specifically applicable to contracts of sale. In Roman-Dutch law contracts could therefore be rescinded on the basis of laesio enormis in cases in which a person was prejudiced to more than half the price. Dutch acceptance of this doctrine shows how strongly the Dutch were bound to the classical tradition. As a successful commercial nation, trading with the greater part of the known world, they still retained this doctrine which was prejudicial to free commercial intercourse. When the Dutch came to the Cape of Good Hope in 1652, they brought their legal system, Roman-Dutch law, along with them and this ensured the continued existence of laesio enormis in South Africa.*

Keywords: contract of purchase and sale; *iustum pretium*; *laesio enormis*; reception; transplantation; substantive unfairness.

1. Introduction

The law has strange ways, and Roman law probably stranger than most. The most amazing thing is that Roman law has survived in spite of the fact that the Roman Empire came to an end almost two thousand years ago. The *de facto* division of the Roman Empire in A.D. 395 resulted in an Eastern and a Western Empire. At the end of the fifth century the West was in the hands of Germanic warrior kings. In general the Germanic peoples lived according to their own tribal

law and the Romans according to Roman law. In the Eastern Roman Empire the law culminated in a classical revival and the codification of Justinian. The Emperor wanted to transform the masses of Roman law into a system that could be used for the academic teaching of law and for legal practice. This codification was of extreme importance since, at the very moment when the ancient world was breaking apart, it succeeded in collecting together the literature of the Roman law. Justinian's collection survived, mainly because of the reception of Roman law in Western Europe (in countries such as the Netherlands, Germany and France). This reception will be discussed in more detail *infra*.

Against this background, another remarkable survival will briefly be discussed, namely the doctrine of *laesio enormis*. This doctrine was only ever mentioned twice in Justinian's *Code*. There is no certainty about its origin or the reason for it, but somehow it survived, came to be received in Dutch law, was received in the Cape of Good Hope and in all the colonies of South Africa. At present, although it has since officially been abolished, there is mention of a possible revival of this doctrine.

2. The reception of Roman law

2.1 Introduction

Ideas have wings. No legal system of significance has been able to claim freedom from foreign inspiration.¹

It may be regarded as normal that "foreign" legal ideas, doctrines and even whole codes be adopted. However, the process known as "the reception of Roman law" may be distinguished from other receptions in view of its scope and impact.² "The reception of Roman law" may be interpreted in two ways. In the wider sense it coincided with the history of Roman law in Europe after the fall of the Western Roman Empire in A.D. 476, and in the narrower sense it points to the adoption of Roman law as a system in Western Europe during the fifteenth and sixteenth centuries.³

The reception of Roman law was an important event in the civilization of the modern world. Thus Haskins stated: "Thrice, says Jhering, did Rome conquer the world: by her arms, by her church and by her law" and "the ultimate conquest of her law was a spiritual conquest, after her empire was dead and her armies turned to dust".⁴ Although Roman law obviously had its greatest impact in those areas where the Germanic law was less developed, the scientific reception of Roman law (the adoption of Roman doctrines, concepts, principles and methods) eventually probably had a more important and extensive effect.

The reception can, in the broadest sense, be divided into various phases. The first phase was the pre-reception or infiltration phase prior to the twelfth century.⁵ This was a period during which Roman law was randomly included or received into the Germanic customary laws. Roman law survived despite the fact that it was no longer supported by the Roman Empire in the West. This was due to the fact that it was still applied by the Romans and that some Roman-law rules infiltrated the local customary rules. In the East, Justinian codified the Roman law and, in addition, there was a revival of jurisprudence in Lombardy during the eleventh century which spread to the south of France. The intellectual “rediscovery” of Justinianic Roman law in the twelfth century by the law school of Bologna and its subsequent clarification by the universities of the Middle Ages constituted the second phase.⁶ The revival took the form of a scientific study of Justinian’s codification of the law. The glossators and their pupils spread far and wide over Europe and played an important role in the reception of Roman law. The third phase was that of the early reception (thirteenth to the middle of the fifteenth century).⁷ During this period, there was an increase in the influence of the scientific study of Roman law. There were two important groups of jurists, the ultramontani (thirteenth century, France) and the commentators (fourteenth and fifteenth century, Italy) who actively contributed to the reception process. It was the commentators who facilitated the importation of Roman law into the practical administration of justice. The reception proper (second half of the fifteenth to the sixteenth century) constituted the fourth phase.⁸ It was characterized by a large-scale reception when Roman law, as a system, was incorporated into the legal systems of some countries to form part of their common law. During this period the extent and tempo of the reception varied from country to country.

2.2 Holland

Germany, France and the Netherlands had therefore, prior to the twelfth century, experienced an infiltration of Roman law. The reception that followed was signified by the infiltration of the learned Roman law (“*geschreven of beschreven recht*”) into the customary law.

The local customary laws were crude, to a large extent *ius incertum*, and did not comply with the commercial demands of the time, while the jurisprudence of Rome presented a comprehensive legal system, consisting of rules and principles that could immediately be applied in practice.⁹ Dutch writers differ as to the manner in which and the time when the reception of Roman law took place in the Netherlands, and likewise as to the questions whence this introduction came and

to what extent the authority of the Roman law prevailed in the Dutch courts.¹⁰ On the one hand, several Roman-Dutch authors, such as Merula, Grotius and Sande, assert that the Roman law was introduced through usage on account of its wisdom and equity.¹¹ On the other hand, Vinnius and Van Leeuwen are of the opinion that the introduction took place *ex lege*,¹² whilst Voet¹³ is rather vague regarding the matter. The first legislative recognition of Roman law *in foro* came with section 42 of an *Instructie* of 1462, stating that the proceedings in court shall be “according to the tenor and form of the written laws” (“*soo sal men voorts procederen na den inhoude en forme van beschreven rechten*”).¹⁴

This is also the first official proof of the adoption of the *Corpus iuris civilis* in the Court of Holland. The establishment of a number of courts in the Netherlands largely contributed to the knowledge and use of Roman law. Jurists and judges were usually not all that familiar with the local customs, but they were educated in the principles of the *Corpus iuris civilis*. According to Grotius the jurisdiction of the Hof van Holland specifically had an important influence on Roman law. This court was constituted of lawyers who were, in 1531, instructed to judge according to written sources, most of which were probably Roman law and considered to be filled with wisdom and equity.¹⁵

One may also ask to what extent and in what manner the Roman law was observed in the Netherlands after its reception. Grotius and Van Leeuwen say that wherever indigenous statutes or custom is silent there shall be immediate recourse to Roman civil law that was regarded as the *ius commune*.¹⁶ This would be done in such a way that even in the interpretation of statutes, ordinances and customs not clearly indicating the contrary, the Roman law principles will be applied and in doubtful cases the local law and customs will be restricted in interpretation. As to specifically the extent and authority of Roman law in Dutch practice, Van Leeuwen states, in the *Censura Forensis*,¹⁷ that since Roman law is considered to be subsidiary law, it must be adopted only when general or particular statutes and ordinances and customs fail.

According to Van der Keessel there is sufficient proof that Roman law was received *in subsidium* in Holland. For example, many principles of the civil law were tacitly adopted in the law of Holland; technical terms were adopted from Roman law and applied in such a way that it is clear that the doctrines comprehended under these terms were also adopted in Dutch courts; Dutch legislators often expressly adopted or confirmed certain Roman-law principles; and many Dutch maxims, rules and precepts acknowledge that the civil law was adopted to its full extent and direct judges to determine disputes according to the civil law.¹⁸

It follows that although Grotius, Van Leeuwen and Van der Keessel expressly state that Roman law was acknowledged to be filled with “wisdom and fairness”, this was not the main reason why it was adopted.¹⁹ It was, in fact, regarded as valid law since, in Holland, Roman law was applied as subsidiary common law.²⁰ Officially recognized as “subsidiary common law”, Roman law played a far greater role because local law or custom had to be proved and also because a lot of Roman law was adopted, expressly or tacitly, by the legislature.²¹

It is interesting to note that the term “Roman-Dutch law” was used for the first time in the seventeenth century by Simon van Leeuwen when he published a book entitled *Paratitula juris novissimi, dat is, Een kort begrip van het Rooms-Hollands Regt (Paratitula juris novissimi, that is, a Breviarium of Roman-Dutch Law)* in 1652.²² This is an explicit acknowledgement of the reception of Roman law in the Netherlands, and especially in Holland.

2.3 South Africa

Countries originally affected by the reception passed on Roman law. Thus, when Jan van Riebeeck occupied the Cape on behalf of the Dutch Republic in 1652, Roman-Dutch law was brought to South Africa.²³ The Dutch East India Company was created in 1602 in terms of a charter granted by the State General, a body representing the seven provinces of the United Netherlands.²⁴ In a letter dated 4 March 1621 the Here XVII instructed their representatives in Batavia that in future the laws to be implemented would be those of the province Holland, and if there was anything the laws of Holland did not say Roman law was to be applied.²⁵ This instruction did not have force of law in India. The State General did, as far as can be determined, not grant legislative authority to the Dutch East India Company or any other organ of the Company. However, despite a lack of knowledge and the fact that no legal instruction regarding the law to be applied in East India was ever given, the law of the province Holland became the law of the East Indian areas, including that of the Cape.

Why was the law of Holland specifically adopted in preference to the other Dutch provinces? Probably because as the wealthiest and most powerful of the provinces Holland exercised the prevailing authority in the affairs of the Dutch East India Company, also providing most of its directors, officers and servants.²⁶ While the Dutch East India Company ruled the Cape, the law of Holland was its law. A Cape resolution of 21 February 1657 provided that free burghers should be governed by such civil laws as are common according to Dutch and Indian customs

(“onder soodanige burgerlycke wetten ende rechten, als na de Vaderlandse ende Indische manieren gebruyckelyck is”).²⁷

On arrival at the Cape the Dutch came into contact with the indigenous peoples. They took no notice of their laws and imposed the civilian legal tradition on the indigenous legal systems existing in the Cape although the people had no desire to receive the Dutch legal system.²⁸ It can consequently not be said that Roman-Dutch law was “received” in the strict sense of the word since “reception” implies a willing acceptance of a foreign legal system. Technically, it should therefore rather be said that Roman-Dutch law was “transplanted” from Holland to Southern Africa.

However, if the concept of reception is used in the broad sense of the word, it may be said that modern South African law is the product of a double reception process.²⁹ The first was that through which, over many centuries, the Germanic customary law systems of the various Western European countries adopted or received Roman law. Thus Roman law was received into Holland, one of the seven provinces of the Netherlands. This Roman law, as amended by local Dutch legislation and customary law, became known as Roman-Dutch law and was transplanted to the Cape in the seventeenth century. The second reception process was the one through which English law was adopted into the prevailing Roman-Dutch law from the eighteenth century onwards.

3. The origin and development of *laesio enormis*

3.1 Introduction

In Roman, Roman-Dutch and South African law discussions of the requirements of the purchase price all start with more or less the same words: “There must be a price, which must be in money (*pecunia numerata*), and in addition it must be certain (*certum*) and real (*verum*).”³⁰ There was no requirement that the price had to be adequate or just. Later, however, it was accepted as a “requirement” in certain circumstances. This “requirement” in Roman, Roman-Dutch and South African law will now be discussed briefly.

3.2 Roman law

A just or fair price was not a requirement for the validity of a Roman contract of purchase and sale.³¹ It may rather be said that it was an ideal to be striven for in accordance with the principle of *bona fides*. According to Zimmermann this resulted from the liberalistic spirit of Roman law, as well as the important position

and authority of the Roman *paterfamilias*.³² Schulz holds that the Roman principle of liberty led to extreme individualism in the domain of private law.³³ This, however, did not mean that within the limits of private law everyone could do as he pleased. Abuse of the law was not approved of and the restrictions imposed by *pietas*, *fides* and *humanitas* were real and powerful.³⁴ A free Roman citizen was expected not only to take care of his own interests, but also to protect the weaker members of the community.

The parties to a contract had to fix the price, and judicial reconsideration and interference would have been an improper infringement of their freedom to conclude the contract.³⁵ According to the Romans bargaining and profits were legitimate.³⁶ Roman law did not encroach upon the autonomy of the subject in regard to transactions that were not tainted with bad faith.³⁷ There was very little in the Roman law of contract to limit economic liberalism and it merely provided the framework within which individuals may operate.³⁸ The purpose of the law was not to protect the parties to a contract of sale and no attempts were made to interfere with their freedom to determine the price. Throughout the ages merchants wished to make a profit and it is part of business life to bargain for the best price.³⁹ Average business decency is all that could be expected from the parties: their actions had to be in accordance with the nature of trade (*natura contractus*) and could therefore not be evaluated according to abstract ethical standards. Although Roman lawyers realized that the usages of trade and commerce did not always agree with the highest standards of honesty,⁴⁰ they apparently resigned themselves to the realities of life and business practices.

It follows that classical Roman law of sale took no account of the parties' unequal bargaining power. They were free to determine a "right" price for themselves and the reciprocal taking of advantage (*ius invicem se circumscribendi*) was accepted.⁴¹ Although harsh bargains may have resulted, there was no legal principle under which the law may intervene in cases where there was neither fraud nor duress and the party suffering had no special claim to protection.⁴²

Towards the end of the third century, various factors – such as economic decline, poor agricultural practices, exhaustion of soil, shortage of agricultural labor, and small tenants experiencing great difficulties to survive – introduced far-reaching changes in the agricultural world.⁴³ Furthermore, during this period inflation complicated the free determination of the price.⁴⁴ Owners of *latifundia* consequently put heavy pressure on small-holders to sell their plots of land for exceptionally low prices.

Some of these sellers ostensibly petitioned the emperors Diocletian and Maximian for relief from their contracts and judges were authorized by imperial rescript to rescind such sales if the price was unreasonably or unconscionably low

unless the buyer was prepared to supplement it. This was the result of an attempt to require a “just” price in a contract of sale, a principle which was quite unknown to the earlier law where the parties were left to make their own bargain and in the absence of fraud could not undo an engagement which had been voluntarily entered into. Since it encouraged a party to divest himself of obligations which he had freely and solemnly undertaken, it was not in harmony either with reason or public policy.

The rescission of sales on the ground of *laesio enormis* (literally “abnormal injury”) thus had its origin in two rescripts purported to emanate from Diocletian and Maximian and dating from A.D. 285 and 293.⁴⁵ In terms of these texts if land was sold at less than half its value, the seller could have the sale rescinded unless the buyer would make up the price to the full value.⁴⁶ It does not appear to have applied to anything but land and the buyer had no comparable right in the opposite case. It is, however, possible that this was a Justinianic interpolation.⁴⁷ The two rescripts show signs of interpolations, and the argument of the second is actually against the doctrine. In the Code the principle is expressed in strong language that where a person of full capacity sells a farm he cannot (apart from relief granted on, for example, the ground of fraud and duress) be heard to say that he has made a bad bargain because he did not know the true value of his land and therefore wishes to rescind the sale. It is therefore possible that either the emperors never issued the decrees attributed to them or that the rescripts became obsolete or were cancelled between the reigns of Diocletian and Theodosius.

During the post-classical period there were many examples of emperors preventing the application of classical rules by actively trying to protect the weak against exploitation.⁴⁸ The doctrine of *laesio enormis* may have been part of the protection of the poor against the *potentiores* which was a prominent feature of late classical law.⁴⁹ Diocletian’s two rescripts may have constituted the first trace of such benevolence. They do not seem to have laid down a general rule of law, but rather to have given extraordinary relief in cases of great hardship. Judges were instructed to apply the law or interpret transactions “equitably” or “benevolently”. This was, however, not done very scientifically since the level of legal science at that stage had deteriorated quite significantly.⁵⁰ The last title of Justinian’s *Digest* contains an anthology of maxims lifted from various legal contexts. It has several legal maxims, such as “In doubtful cases, the more generous view (*benigniora*) is always to be preferred”.⁵¹ It is not clear to which party the benevolence is to be extended.

The application of the *laesio enormis* doctrine presented serious difficulties. This is probably why classical law had refused to consider the adequacy of the price unless bad faith or incapacity was shown.⁵² Risks were an inherent part of

commercial life, which is structured by the law of contract, and in the field of contract it is generally accepted that it was more important that the law should in every case be certain than that it should be just.⁵³

3.3 Roman-Dutch law

Roman-Dutch law never required the price to be just. Voet briefly discusses “an agreement to sell for a just price”, but concludes that it did not constitute a sale.⁵⁴ There was a difference between a contract of sale and such an agreement. Parties agreeing to sell at a just price have not yet determined a certain price, and since this essential requirement for a contract of sale had therefore not yet been complied with, no contract had been concluded. It should rather be regarded as mere preparation for the conclusion of a contract of sale. A “just agreement” is therefore not the same as a “just price”. He further states that the payment in a contract of purchase and sale must be just and suitable to the merchandise, “even though the contracting parties have a natural freedom to get the better of each other in a moderate degree as to the price by a certain shrewdness”.⁵⁵ So, despite declaring that the price should be just, he is fully aware that in practice this did not always happen.

Grotius states that if a seller or purchaser was prejudiced in the price to the extent of more than half the value (if there was no fraud on either side), that is, when the price had become “enormously unfair”, a sale could be rescinded unless the other party was willing to increase or reduce the price to the true value.⁵⁶ He regards the *laesio enormis* as a remedy by means of which an obligation can be rendered invalid not wholly, but in part, since the opposite party has the choice to abandon the contract or to make good the deficiency.⁵⁷ In terms of this remedy the party who was been defrauded above half (the value) of the thing, could by civil request to the Supreme Court be relieved and regressed against it. The transaction was therefore not necessarily declared void since the party who defrauded or misled the other party could adhere to the bargain if he so chose, provided he returned the excess above the true value of the thing sold. Or, if it was the purchaser, he would have to pay in what the thing was worth above what he actually gave for it.

This doctrine was received from Roman law where it was specifically applicable to the sale of land.⁵⁸ However, since the remedy was regarded as fair it was first extended to purchasers and then to reciprocal *bona fide* contracts, such as letting and hiring and partnership, but not to unilateral contracts.⁵⁹ Voet, for example, tells us that in Holland, at any rate, the practice prevailed of allowing the remedy to be extended first to house property and then to the more valuable

kinds of movables.⁶⁰ Most Roman-Dutch authors further seem to agree that the *querela laesionis enormis* may be invoked by the purchaser as well as the seller and may be relied upon to rescind all reciprocal contracts in which a person was prejudiced to more than half the price.⁶¹ However, not everyone agreed with this. Schorer,⁶² with reference also to Voet,⁶³ avers that the purchaser and the seller ought to be treated the same although only the seller is mentioned in C. 4.44.2. He further mentions Zoesius, who says that only the seller is referred to because he may sometimes be forced to sell at a very low price, but nevertheless allows the remedy to the purchaser too since the reason for the remedy is *laesio enormis* (extraordinary lesion), something that may happen to both the seller and the purchaser.⁶⁴ Huber further refers to Sande⁶⁵ who states that the application of this remedy is limited to purchase and sale since it was a new means of achieving something that had been introduced. Since it conflicted with the principles of the ancient law it should not be extended any further.

The only condition which Grotius imposes for this remedy is that there had to be a “verkorting over de helfte” (a party had to have been “damnified to the extent of more than half”).⁶⁶ The lesion is also called “*bedrog over de helft*” (*fraud to the extent of more than half*). The expressions *laesio*, *verkorting* (damnified), *bedrog* (fraud) and *exceptio doli generalis* all imply wrongdoing or dishonest conduct in the part of the person who had made the bargain. If a person had bought something for a price constituting less than half the true value, there was consequently a *praesumptio iuris* that he must have deceived the other contracting party. Thus Van Leeuwen states that the remedy is granted “in order that the one party should not by too much covetousness enrich himself to the loss or detriment of the other, and by doing so introduce *too much fraud* into the bargain.”⁶⁷ Van der Linden, too, says that a contract is invalid when a person was induced to conclude a contract by the *fraud* of the other party.⁶⁸ He points out that only something that was obviously a violation of good faith would be regarded as fraud, in which case the presiding judge could declare it invalid.

Laesio enormis was therefore one of the special causes that could lead to the rescission of a contract.⁶⁹ With regard to the reason why this remedy had been introduced, Grotius holds that when the origin of all contracts are considered, it appears that they had originated in reciprocal abundance and need, and consequently reason demands that parity should be regarded in them.⁷⁰ According to Huber, although initially a property could be sold at as high a price as the seller could manage to negotiate, apart from fraud or defect in the property sold, it was later considered to be only fair that the price should not become unreasonably high.⁷¹ Restrictions were therefore introduced and it was determined that a price that

was more than half the true value ought not to be allowed. It was then decided that a seller who had stipulated for less than half the true value of a thing at the date of sale, might demand either that the thing be returned or that the payment be made more. Van der Linden states that although contracts derive their validity from the mutual and free consent of the contracting parties, contracts are often imperfect and invalid. Being prejudiced to an *enormous extent* in respect of the price that had been agreed upon in the contract, is just one example of such contracts.⁷² The basic ground for this remedy is therefore the huge disparity between price and property.⁷³

If the price was very high or very low, but the difference less than half the value, the parties had to accept it.⁷⁴ Someone who was – without fraud – prejudiced to the extent of less than half, could consequently not rescind the sale for if sales were to be annulled for every kind of inequality it would undermine trade and the public interest.⁷⁵

On perusing Roman-Dutch cases, it is interesting to note that not one single case in which a contract between persons of full capacity was set aside on this ground alone could be found: that is, when it could not have been rescinded on some additional ground such as, for example, minority and fraud.⁷⁶

Dutch acceptance of this doctrine shows how strongly the Dutch were bound to their ancient customs and the classical tradition. Even after they had become a successful commercial nation, trading with the greater part of the known world, they still retained this doctrine that was so prejudicial to free commercial intercourse. They certainly realized that it constituted a burden to their trade for they tried to limit its injurious effects. *Laesio enormis* did not apply in sales, for example, where the value of the thing was essentially uncertain and the sale was of a speculative nature: such as where the next year's crop was bought or land was bought with the hope that it would contain minerals.⁷⁷ Nor did it apply where the party who was damnified knew at the time of the sale of the disparity between the price and value of the thing in which case he was then stopped from claiming the remedy of *laesio enormis*.⁷⁸ Furthermore, by the time the Dutch came to the Cape, it was seldom applied since humanism and the law of nature spoke against it.

3.4 South African law

Laesio enormis constituted part of South African common law but was soon abrogated in the Cape Colony by the General Law Amendment Act of 1879 and thereafter in the Free State by the General Law Amendment Ordinance of 1902. In the Union of South Africa this doctrine was abolished by statute in 1952.⁷⁹

In recent times, however, there has been mention of the “revival” of *laesio enormis* in South African law. This flows forth from the enactment of the Consumer Protection Act 68 of 2008 and especially article 48.⁸⁰ The Act provides for both judicial and administrative control of unfair contract terms across a broad range of consumer contracts.

Until the important decision in *Sasfin v Beukes*⁸¹ (in which case the Appellate Division accepted that substantive unfairness may in exceptional cases render a contract or contractual provision void for illegality) the courts remained faithful to the philosophy that freedom and sanctity of contract preclude a court from invalidating contracts or contractual terms on the ground of substantial unfairness.⁸² Now, one of the stated purposes of the Consumer Protection Act is to “promote and advance the social and economic welfare of consumers in South Africa”⁸³ by providing them with an “accessible, ... effective and efficient system of redress for consumers”.⁸⁴ The provisions of the Consumer Protection Act do not prevent the consumer from challenging unfair contract provisions on the basis of common-law principles. The prohibition in article 48(1) relates to unfair, unreasonable or unjust terms generally, and article 48(2) sets out guidelines for determining what is unfair. According to article 48(2)(a) a transaction, agreement, term or condition is unfair, unreasonable or unjust if “it is excessively one-sided in any favor of any person other than the consumer”, whilst article 48(2)(b) states that it is unfair if “the terms of the transaction or agreement are so adverse to the consumer as to be inequitable”. If it will appear from the application of this act that a purchaser, who is a person of full capacity, whose free exercise of volition was in no way impaired or restricted, can seek relief not against a wrong, but against his own judgment, ineptitude or folly, it will indeed seem like a phoenix that has once again arisen from the ashes.

4. Conclusion

The doctrine of *laesio enormis* was known to all three legal systems discussed above, namely Roman, Roman-Dutch and South African law. In Roman law it was introduced in contracts of sale in extremely difficult economic times. It radically offended against Roman contractual practice which was strongly in favour of the independence of the parties and did not approve of any interventions. Roman-Dutch law received this doctrine as part of the reception process. It is a sign of their strong adherence to Roman law that the Dutch accepted it at all. They did, however, introduce many exceptions in which it was not applicable.

Finally, it was also received (transplanted) in South Africa when the Dutch brought their law to the Cape of Good Hope in 1652. It has, however, since been abrogated. One may, indeed, be impressed by the fact that a legal doctrine of uncertain origin managed to survive for almost two thousand years. It was surprising that far more sophisticated legal systems accepted this doctrine which ran counter to the basic principle of freedom of the contracting parties. They were probably motivated by the high esteem afforded to the Roman legal system that was received in the Netherlands.

In South Africa there are now signs that the phoenix may have arisen in the form of the Consumer Protection Act. The Preamble of the Consumer Protection Act states that one of the reasons for the promulgation of this Act is the fact that “apartheid and discriminatory laws of the past have burdened the nation with unacceptably high levels of poverty, illiteracy and other forms of social and economic inequality”. This may lead to the conclusion that legislative protection is especially required in difficult times. Circumstances resulting in hardship and poverty in the Roman Empire led to the doctrine of *laesio enormis*, and in South Africa it seems as though the fact that the majority of the population is poverty-stricken and illiterate has likewise led to the promulgation of this Act which purports to protect the interests of the consumer. It should, however, also be noted that similar Acts which have been promulgated in industrialized countries abroad where these circumstances do not prevail.⁸⁵ Consumers all over the world today, for various other reasons but that advanced for South Africa, are protected by consumer protection acts and regulations.

* Professor, School of Law, University of South Africa; Vdberh@unisa.ac.za.

¹ H.R. Hahlo & E. Kahn *The South African Legal System and Its Background* (Juta & Co, Cape Town, 1973) at p. 484.

² *Ibid.*

³ *Idem* p. 485.

⁴ C.H. Haskins *The Renaissance of the Twelfth Century* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1976) at p. 193. See, also, G. Highet *The Classical Tradition. Greek and Roman Influences on Western Literature* (Oxford University Press, New York, 1976) at p. 9.

⁵ See Hahlo & Kahn (n. 1) at pp. 485-489; G.J. van Niekerk “History of the South African law” at http://myfundi.co.za/e/History_of_the_South_African_Law (accessed on 13 July 2012) at p. 1-3.

⁶ See Hahlo & Kahn (n. 1) at pp. 489-499.

⁷ *Idem* at p. 499.

⁸ *Idem* at p. 499ff.

- ⁹ W. Schorer in H. de Groot (Grotius) *The Introduction to Dutch Jurisprudence of Hugo Grotius A.F.S.* Maasdoorp (trl.) (Juta, Cape Town, 1903) Appendix to vol. 1, Book 1, Chapter 1, par. 2, Note 1.1.
- ¹⁰ *Idem* 1.2.
- ¹¹ See, for example, Grotius (n. 9) 1.2.22: "(Since) the Roman laws, especially in the form in which they were codified in the time of the Emperor Justinian, are regarded by the learned as replete with *wisdom and equity*, they were first adopted as examples of *wisdom and equity*, and in course of time, through custom, as laws." (my emphasis)
- ¹² See, for example, S. van Leeuwen *Censura Forensis* W.P. Schreiner (trl.) (Juta, Cape Town, 1883) 1.1.12: "For indeed in our practice and in that of others a rule had been introduced by express enactment that wherever indigenous statutes or customs are silent there shall be had immediate recourse to the Roman law." He does, however, add that "the Roman positive law remains the *basis and foundation of Equity and Justice*". (my emphasis) He further adds that Roman law was by reason of its "excellence, equity and utility" adopted by all other nations. See, further, D.G. van der Keessel *Select Theses on the Laws of Holland and Zeeland* C.A Lorenz (trl.) (Juta, Cape Town, 1884) 1.1.22.
- ¹³ *The Selective Voet, Being the Commentary on the Pandects* vol. 1 P. Gane (trl.) (Butterworth, Durban, 1955) 1.1.2.
- ¹⁴ See *Groot Placaet-boek* vol. 3 (1683) at p. 635. By "written laws" is meant the Roman law. Further *Groot Placaet-boek* vol. 7 De Resolusie van de Staaten-Generaal (The Resolution of the States-General) of 17 February 1741 at p. 964.
- ¹⁵ H. de Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, vol. 2, Notes by S.J. Fockema Andreae & L.J. van Apeldoorn (S. Gouda Quint., Arnhem, 1926) to 1.2.22 at p. 11.
- ¹⁶ Cf. Grotius (n. 9) 1.2.22: "In the absence of any written law, charter, privilege, or custom, on any particular subject, the judges have from times of old been enjoined on oath to follow reason to the best of their knowledge and discretion." Since Roman laws, and especially the codification of Justinian, were considered to be full of wisdom and equity, they were first adopted as examples of wisdom and equity, and as time went by, through custom, as laws. See, further, Van Leeuwen *Censura Forensis* (n. 12) 1.1.12; S. van Leeuwen *Simon van Leeuwen's Commentaries on Roman-Dutch Law* 2ed. vol. 1 J.G. Kotzé (trl.) & C.W. Decker (rev. and ed.) (Sweet & Maxwell, London, 1921) 1.1.11.
- ¹⁷ (n. 12) 1.1.12.
- ¹⁸ *Select Theses* (n. 12) 1.2.22.6. See further 1.2.22.7-10.
- ¹⁹ Grotius (n. 9) 1.1.22; Van Leeuwen *Censura Forensis* (n. 12) 1.1.12; D.G. van der Keessel *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam* P. van Warmelo et al. (A.A. Balkema, Amsterdam, 1961) 1.2.22 quotes Grotius as saying that Roman law, especially as codified by Justinian, was regarded as being filled with wisdom and equity by learned men. These laws were initially accepted as examples of wisdom and equity and eventually it was accepted as law.
- ²⁰ Van der Keessel *Select Theses* (n. 12) 1.2.22.6-25; Van Leeuwen *Censura Forensis* (n. 12) 1.1.12. See further Grotius (n. 9) 1.2.22; Voet (n. 13) 1.1.2ff.
- ²¹ See Van der Keessel *Select Theses* (n. 12) 1.2.22.6.
- ²² It contains a brief compendium of the Roman as well as the Dutch law (*Neerlands Regt*) of the time.

²³ Hahlo & Kahn (n. 1) at p. 571.

²⁴ J.C. de Wet “Die resepsie van die Romeins-Hollandse reg in Suid-Afrika” (1958) 21 *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* p. 84-97 at 85.

²⁵ *Idem* at p. 88.

²⁶ Hahlo & Kahn (n. 1) at p. 572.

²⁷ *Idem* at p. 572 n. 32.

²⁸ G.J. van Niekerk “The endurance of the Roman civil tradition in South African law” (2011) 4 *Studia Iurisprudentia Universitatis Babeş-Bolyai* 1-9 at p. 1.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ See, for Roman law, W.W. Buckland & P. Stein *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (University Press, Cambridge, 1963) at pp. 485-486; W.W. Buckland *A Manual of Roman Private Law* (University Press, Cambridge, 1939) at p. 280; F. de Zulueta *The Roman Law of Sale* (Clarendon Press, Oxford, 1966) at pp. 16-19; J.B. Moyle *The Contract of Sale in the Civil Law* (Clarendon Press, Oxford, 1892) at 66-74. For Roman-Dutch law, see, for example, Grotius (n. 9) 3.14.1 and 3.14.23; Van Leeuwen *Commentaries* (n. 16) 4.17.1; Van Leeuwen *Censura Forensis* (n. 12) 1.4.19.1-2; U. Huber *The Jurisprudence of My Time (Heedensdaegse Rechtsgeleertheit)* P. Gane (trl.) vol. 1 (Butterworth, Durban, 1939) 3.4.1 and 3.4.5; Van der Keessel *Praelectiones* vol. 4 (n. 19) at p. 311 (“monetam currentem”) and pp. 352-353; J. van der Linden *Van der Linden’s Institutes of the Laws of Holland* 2ed. G.T. Morice (trl.) (T. Maskew Miller, Cape Town, 1922) at 1.15.8. For South African law, see A.J. Kerr *The Law of Sale and Lease* (LexisNexis Butterworths, Durban, 2004) at p. 30; G.R.J. O’Donovan *Mackeurtan’s Sale of Goods in South Africa* (Juta, Cape Town, 1984) at p. 14; R.H. Zulman & G. Kairinos *Norman’s Law of Purchase and Sale in South Africa* (LexisNexis Butterworths, Durban, 2005) at p. 41; R. Sharrock *Business Transactions Law* (Juta, Cape Town, 2011) at p. 272.

³¹ See Buckland & Stein (n. 30) at p. 486; Buckland (n. 30) at p. 280; M. Kaser & R. Knütel *Römisches Recht. Ein Studienbuch* 19ed. (Verlag C.H. Beck, München, 2008) at p. 226; De Zulueta (n. 30) at p. 19.

³² R. Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (University Press, Oxford, 1996) at pp. 255-256. See further F. Schulz *Principles of Roman Law* (Clarendon Press, Oxford, 1936) at pp. 140ff.

³³ See Schulz (n. 32) at p. 146.

³⁴ *Idem* at p. 158.

³⁵ Zimmermann (n. 32) at p. 256.

³⁶ *D. 4 4.16.4, Ulpianus libro undecimo ad edictum*: “Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire” (“Pomponius also says that as regards the price in purchase and sale, the contracting parties are in the course of nature allowed to overreach each other”); *D. 19 2 22 3, Paulus libro treagesimo quarto ad edictum*: “Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita inuicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est” (“The nature of sale and purchase allowed buying for less what is worth more and selling for more what is worth less, the reciprocal taking of advantage”). English translations of the *Digest* from T. Mommsen, P. Krueger & A. Watson *The Digest of Justinian* (University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1985).

³⁷ Cf. D. 17.2.76-79.

³⁸ See Frier *The Rise of the Roman Jurists* (Princeton University Press, Princeton, N.J., 1985) at p. 192: "The formal equality of Romans before the law became a shield behind which the mercantile economy of Rome could operate with greater confidence."

³⁹ For the bargaining process see C. 4.44.8 (Diocletianus et Maximianus, 293). Cf. also Wacke "Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List" (1977) 94 *Zeitschrift der Savigny Stiftung Rom. Abt.* 184-246 at pp. 202ff. Wacke states that some haggling took place and was accepted as commercial practice before a contract was concluded. The parties usually took their time before they reached an agreement. The initial offer of the vendor could therefore not have created a reasonable expectation that the object was really worth this price.

⁴⁰ See Cicero *De Officiis* 3, 17-68; and D. 50.17.144, *Paulus libro sexagesimo secundo ad edictum*: "Non omne quod licet honestum est" ("Not everything which is lawful is honourable").

⁴¹ Paul D. 19.2.22.3, *libro trigesimo quarto ad edictum*. Cf. also C. 4.44.8 (293). See P. Stein *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical Essays* (The Hambledon Press, London, 1988) at p. 35; H.F. Jolowicz "The origin of *laesio enormis*" (1937) 49 *Juridical Review* 50-72 at p. 50.

⁴² De Zulueta (n. 30) at p. 19.

⁴³ See K. Visky "Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen de III Jahrhunderts" (1969) 16 *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 355-388 at pp. 380-381; K. Hackl "Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen *laesio enormis*" (1981) 98 *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt.* 147-161 at pp. 156-157; R. van den Bergh "Ownership of *agri deserti* during the later Roman empire" 2004 (1) *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* 60-66 at pp. 60-61; P. van Warmelo *An Introduction to the Principles of Roman Civil Law* (Juta, Cape Town, 1976) at pp. 171-172. See, however, A.J.B. Sirks "Diocletian's option for the buyer in case of rescission of a sale. A reply to Klami" (1992) 60 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 39-47 at pp. 42-43 for a dissenting opinion.

⁴⁴ Kaser & Knütel (n. 31) at p. 226.

⁴⁵ C. 4 44 2 (Diocletianus and Maximianus, A.D. 285): "A price is considered too little if one half of the true value is not paid", and *Codex* 4 44 8 (Diocletianus and Maximianus, A.D. 293): "For if you consider the nature of purchase and sale, that when the parties are intending to enter into such a contract, the purchaser wants to purchase for less, the seller wants to sell for more, and that it is with difficulty and after many contentions, the seller gradually receding from what he asked, the purchaser to what he had offered, that they finally consent to a definite price, you surely must see that neither good faith that protects the contract of purchase and sale, nor any other reason, permits that the contract, completed by consent, either immediately or after the discussion of the price, should be rescinded on that account, unless less than half of the value of the property at the time of the sale was given, and in such case the purchaser has the right of election already extended to him (to pay the remainder of the just price)."

⁴⁶ See De Zulueta (n. 30) at pp. 19-20: In terms of *laesio enormis* the seller could rescind the sale on the ground that the price agreed was less than half the real value of the land ("less than half the just price"); B. Nicholas *An Introduction to Roman Law* (Clarendon Press, Oxford, 1965) at p. 175.

- ⁴⁷ It is significant that the *Digest* and the *Institutes* are silent on this remedy. What were the reasons for the introduction of this rule as it appears in the Code? Did Justinian actually disregard the basic rule that the price in a contract is to be settled by the agreement of the parties or was there already a change of attitude before his time? See, for the possible origin of *laesio enormis*, Jolowicz (n. 41) 50-72; Visky (n. 43) 355-388; Hackl (n. 43) 147-161; E. Stanković “Protection of the poor during Diocletian’s reign” in 2010 (16-1) *Fundamina* 423-427; A.J.B. Sirks “La ‘laesio enormis’ en droit romain et byzantine” (1985) 53 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 291-307; H.T. Klami “‘Laesio enormis’ in Roman law” 1987 (33) *Labeo* 48-63; Sirks (n. 43) 39-47; A.J.B. Sirks “Laesio enormis again” 2007 (54) *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 461-469; R. Westbrook “The origin of *laesio enormis*” (2008) 55 *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 39-52.
- ⁴⁸ Stein (n. 41) at pp. 35-36. See also Moyle (n. 30) at p. 181; Stanković (n. 47) at 423.
- ⁴⁹ Buckland (n. 30) at p. 281.
- ⁵⁰ Stein (n. 41) at p. 36.
- ⁵¹ *D. 50.17.56, Gaius libro tertio de legatis ad edictum urbicum*. Although references like these to equity in post-classical texts, they have little to do with the equitable principles which gave form and structure to the classical law. They were merely appeals to equity, trying to ensure that classical legal rules should not be applied if the results would be unpleasant, despite the cost of uncertainty thereby generated. See, also, P. Stein *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims* (University Press, Edinburgh, 1966) at pp. 109-123.
- ⁵² Nicholas (n. 46) at p. 175.
- ⁵³ *Ibid.*
- ⁵⁴ J. Voet *The Selective Voet, Being the Commentary on the Pandects* vol. 3 P. Gane (trl.) (Butterworth, Durban, 1956) 18.1 2.
- ⁵⁵ Voet (n. 54) 18.1.22(i) with reference to *D. 4.4.16.4* and *C. 4.44.8*.
- ⁵⁶ See Grotius (n. 9) 3.17.5; Van der Linden (n. 30) 1.15.10.3. Huber (n. 30) at 3.6.2-3, with reference to *C. 4.44.2*, points out that in such a case the seller can demand that the sale be annulled if he can prove that the property is worth the half more as it was sold for. At 3.4.7 Huber confirms that it is only when a price becomes “enormously unfair” that rescission of a contract was allowed if the party benefitting from this price was not willing to make up the price. A person was considered to be *enormously* prejudiced if the price was more than double the just value the thing (*laesio enormis*).
- ⁵⁷ Grotius (n. 9) 3.52.1.
- ⁵⁸ See Grotius (n. 9) 3.52.2.
- ⁵⁹ *Ibid.* See also Huber (n. 30) 3.6.10.
- ⁶⁰ See Voet (n. 54) 18.5.12. See, further, J.W. Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (African Book Company, Grahamstown, 1908) at pp. 609-610.
- ⁶¹ Voet (n. 54) 18.5.5.
- ⁶² Schorer’s Notes in Grotius (n. 9) 3.52.1.536.
- ⁶³ (n. 54) 18.5.5.
- ⁶⁴ See Schorer (n. 9) 3.52.1.536.
- ⁶⁵ Huber (n. 30) 3.6.12.
- ⁶⁶ Grotius (n. 9) 3.52.1.

⁶⁷ (n. 16) 4.20.5. (my emphasis)

⁶⁸ See Van der Linden (n. 30) at 1.14.2(c). (my emphasis)

⁶⁹ Huber (n. 30) 3.6.2-3 with reference to C. 4.44.2.

⁷⁰ Grotius (n. 9) 3.52.2.

⁷¹ Huber (n. 30) 3.6.4.

⁷² (n. 30) 1.14.2(d).

⁷³ Huber (n. 30) 3.6.15.

⁷⁴ Huber (n. 30) 3.4.6 and 3.4.7.

⁷⁵ Huber (n. 30) 3.4.7. This was ruled by the Court in regard to a sale of land on 7 May 1720.

⁷⁶ Cf. E.M Meijers *et al. Nederlandsch Compendium van de Observaciones Tumultuariae van Cornelis van Bijkershoek* (Tjeenk Willink en Zoon, Haarlem, 1935): see, for example, vol. 1 Cas. 62 (fraud); vol. 2 Cas. 1378 (fraud); Cas. 1523 (minority); Cas. 1886 (fraud).

⁷⁷ Voet (n. 54) 18.5.15.

⁷⁸ *Idem* 18.5.17.

⁷⁹ Section 25 Act 32 of 1952. Morice (n. 30) at p. 198 states that at the time the remedy was out of harmony with modern legal views. Although they were in favour of increasing the protection of the law against acts in bad faith, they were not in favour of interference with contracts entered into voluntarily and with eyes open.

⁸⁰ Act 68 of 2008 which became fully operational on 31 March 2011. See R.D. Sharrock “Judicial control of unfair contract terms: The implications of the Consumer Protection Act” 2010 (22) *SA Mercantile Law Journal* 295-325 at pp. 295ff. Cf., too, in general, W. Jacobs, P. Stoop and R. van Niekerk “Fundamental consumer rights under the Consumer Protection Act 68 of 2008: A critical overview and analysis” 2010 (13) *Potchefstroom Electronic Review* 301-406 at pp. 302ff. for an overview of the Act.

⁸¹ *Sasfin (Pty.) Ltd. v. Beukes* 1989 (1) SA 1 (A).

⁸² See, for example, *Grinaker Construction (Tvl.) (Pty.) Ltd. v. Transvaal Provincial Administration* 1982 (1) SA 78 (A) at pp. 96-97; *Magna Alloys and Research (SA) (Pty.) Ltd. v. Ellis* 1984 (4) SA 874 (A) at pp. 893-894.

⁸³ Article 3(1).

⁸⁴ Article 3(1)(h).

⁸⁵ For example, in the United Kingdom the Unfair Contract Terms Act 1977 (c. 50) and the Unfair Contract Terms in Consumer Contracts Regulations 1999; in Germany the Civil Code, sections 307-310; and in the Netherlands the Civil Code, articles 6:231-6:237.

ARTICOLE

SERVITUȚILE ADMINISTRATIVE¹

Adina BUCIUMAN*

Résumé: Les servitudes administratives. *Situées à la confluence du droit public et du droit civil, les servitudes administratives sont en général analysées par une énumération lapidaire des éléments qui les distinguent des servitudes civiles. Il en résulte ainsi un régime juridique dérogatoire utilisé comme argument pour marquer une faille insondable entre les deux institutions.*

Notre étude se propose de sonder la profondeur de cette faille, en cherchant les fondements de ces règles dérogatoires, leur champ concret d'action et leur impact réel sur la nature juridique des servitudes administratives. En même temps, quelques aspects du régime des servitudes civile, utilisées comme élément de comparaison, sont mises en discussion.

Deux éléments sont essentiels pour distinguer la servitude administrative de celle civile : sa source légale, donc non-conventionnelle, et l'intérêt public, comme pilier de soutien en plan substantiel. À une analyse rigoureuse, des postulats comme l'imprescriptibilité, l'impossibilité de l'extinction par non-usage, le caractère non-perpétuel, la sanction spécifique, l'exclusion de la faculté d'abandon, l'admissibilité des servitudes administratives in faciendo soit souffrent des changements de fondement, soit se prouvent limités dans leur application ou parfois même faux.

Rezumat: Servituțiile administrative. *Situate la confluența dintre dreptul public și dreptul civil, servituțiile administrative sunt în general analizate prin enumerarea lapidară a elementelor care le disting des servituțiile civile. Rezultă astfel un regim juridic derogatoriu folosit ca argument pentru marcarea unei falii adânci între cele două instituții.*

Studiul nostru își propune să sondeze profunzimea acestei falii, cercetând fundamentele acestor reguli derogatorii, aria lor concretă de acțiune și impactul real pe care îl au asupra naturii juridice a servituțiilor administrative. În același timp, sunt puse în discuție aspectele legate de regimul servituțiilor civile utilizate ca element de comparație.

Două elemente sunt esențiale pentru a distinge servitutea administrativă de cea civilă: sursa ei legală, iar nu convențională, și interesul public, ca pilon de susținere în plan substanțial. La o analiză riguroasă, postulate precum imprescriptibilitatea, imposibilitatea stingerii prin neuz, lipsa vocației spre perpetuitate, sancțiunea specifică, de factură diferită, lipsa facultății de abandon, admisibilitatea servituților administrative in faciendo fie suferă schimbări de fundament, fie se dovedesc limitate ca aplicare sau uneori chiar false.

Mots clés: *servitudes administratives, servitudes civiles, non-usage, fixité / mutabilité, utilité publique, actions possessoires, abandon du fonds servant, servitudes in faciendo*

Cuvinte cheie: *servituți administrative, servituți civile, neuz, fixitate / mutabilitate, utilitate publică, acțiuni posesorii, abandon al fondului aservit, servituți in faciendo*

Situate în zona de confluență a domeniilor respective ale dreptului public și ale dreptului privat al bunurilor, servituțile administrative sunt adesea tratate de specialiștii celor două domenii cu interesul prudent și autoritatea rezervată a familiilor față de copilul dintr-un mariaj anterior al unuia dintre parteneri: conștiința filiației față de celălalt atrage nevoia confirmării autorității prin raportare la regulile și principiile acestuia. Împrumutul terminologiei dreptului privat pentru denumirea noțiunii, fenomen deloc izolat de altfel în raportul dintre cele două ramuri ale dreptului², contribuie la crearea unei presiuni în sensul cercetării gradului de apartenență a servituților administrative față de domeniul celor civile.

Abundența, prolixitatea și caracterul dispart, neorganizat al reglementării acestora în cadrul multora dintre actele normative fac dificilă clasificarea și ordonarea lor logică³, și, cu atât mai mult, o analiză de fond a naturii sau regimului lor juridic general. Astfel, servituțile administrative se înfățișează ca „un ansamblu foarte dispart și refractar sintezei”, „un veritabil bricabrac”⁴ care descurajează viziunea de ansamblu.

Acest context face ca, în lucrările de drept civil sau administrativ, regimul juridic al servituților administrative să apară ca o serie de postulate, enunțate expeditiv, prin raportare la caracterele sau regulile servituților de drept privat. Ne propunem prin intermediul studiului de față înlăturarea acestui caracter axiomatic al regulilor care guvernează regimul juridic al servituților administrative și analizarea acestora, verificând totodată validitatea aspectelor legate de servituțile civile în mod obișnuit invocate ca reper.

Așadar, scopul studiului de față este acela de a surprinde elementele revelatoare de natură juridică a servituților administrative, prin raportare la servituțiile de drept privat. În acest sens, demersul nostru va cuprinde o prezentare a tehnicii legislative în materie (1), urmată de verificarea raționamentelor pe baza cărora sunt enunțate în doctrină și jurisprudență regulile regimului juridic derogatoriu față de dreptul comun al servituțiilor civile (2).

1. Tehnică legislativă, între pragmatism exclusiv și incoerență juridică

1.1. Precizări introductive

Înainte de a oferi o imagine a prezenței servituțiilor administrative în legislație, se impun câteva precizări. Nu există o reglementare generală a servituțiilor administrative și, cu atât mai puțin, o definiție legală a acestora. Se naște, deci, următoarea întrebare: care dintre obligațiile impuse în interes public proprietarilor de imobile reprezintă servituți administrative? Căutarea unui regim juridic unitar al servituțiilor administrative presupune identificarea acestora.

În acest sens, doctrina propune clasificări bazate pe criterii diverse, încercând să delimiteze servituțiile administrative de alte sarcini sau limite impuse proprietarilor în vederea satisfacerii unui interes public, să marcheze distincția netă față de servituțiile civile, dar, în același timp, în mod paradoxal, să păstreze acele elemente considerate necesare pentru calificarea lor ca servituți.

În general, sarcinile impuse proprietarilor de dreptul urbanismului sunt dificil de clasat, autorii francezi mai ales având înclinația de a le trata separat de servituțiile de utilitate publică, deși în cele din urmă admit implicit că acestea au același regim juridic și servesc tot un interes general⁵. Într-adevăr, reglementările în materia urbanismului au cunoscut o amploare crescândă în ultimele decade, aducând și o multiplicare a limitărilor legale ale exercițiului liber al dreptului de proprietate, ceea ce poate justifica tendința juristului de a le marca autonomia față de celelalte servituți de utilitate publică. În plus, clasarea lor separată poate fi reflexia evoluției conținutului noțiunii de utilitate publică: dacă inițial aceasta se rezuma la asigurarea liniștii, securității și salubrității publice, ulterior, în special ca urmare a dezvoltării economice și a progresului tehnic, statul își depășește rolul exclusiv de gardian al ordinii publice înțelese în sensul său tradițional, intervenind în tot mai multe sectoare ale vieții comunității, astfel că utilitatea publică – justificarea juridică a intervenției statului – acoperă domenii tot mai diverse: social, economic, sportiv, științific sau chiar estetic.

În încercarea de a cantona noțiunea în definiția dată servituților de Codul civil, unii autori⁶ disting între veritabilele servituți administrative, justificate de necesitatea funcționării unui anumit serviciu public, de realizarea unei lucrări publice, de un interes special al colectivității publice sau al unei instituții publice determinate, unde poate fi decelat un fond dominant, și simplele restricții impuse exercițiului proprietății, motivate de un interes public difuz, general, ca simple instrumente de realizare a politicii administrative. Ar intra astfel în prima categorie, a servituților administrative caracteristice, cele stabilite în beneficiul unui imobil domenal afectat uzului public sau a altei dependențe domeniiale destinate să servească funcționării unui serviciu public, în general învecinate terenurilor sau construcțiilor asupra cărora respectiva sarcină reală a fost stabilită. Servitutea își păstrează astfel caracterul de sarcină impusă unui fond aservit, în folosul altui fond – dominant. În categoria simplelor limitări generale ale exercițiului proprietății sunt incluse în această viziune obligațiile reale stabilite fără referire la vreun bun domenal aflat în raporturi de contiguitate față de proprietatea afectată, precum cele din materia urbanismului și (nu fără unele discuții) cele privind suportarea rețelelor de telecomunicații, de alimentare cu apă sau canalizare.

În ce ne privește, vom evita mai întâi atracția unei discuții asupra naturii servituții civile, care a animat spiritele atâtor juriști, discuție de rezultatul căreia este invariabil condiționat răspunsul la interogația asupra naturii servituții administrative, dar care nu ar încăpea în haina mult prea strâmtă a unui studiu de calibrul celui de față. Apoi, precizăm că vom include în sfera noțiunii de servitute administrativă – și, implicit, le vom supune analizei - toate obligațiile sau limitările cu caracter real impuse de lege proprietății private în interes public, care implică și o restrângere a prerogativelor de folosință, excluzându-le pe acelea care afectează doar dispoziția juridică cu privire la bun. Nu vom reține necesitatea detectării unui fond dominant, pentru motive pe care le vom prezenta separat.

1.2. Fondul dominant – element accidental și neesențial

După cum am văzut deja, prezența fondului dominant ca element esențial servituții a fost obiect de controversă în ceea ce privește calificarea sarcinilor impuse de lege proprietății private având ca finalitate promovarea unui interes public. Aceasta, pe de o parte, întrucât numai identificarea unui fond dominant conservă definiția tradițională a servituții civile văzute ca un raport între două sau mai multe fonduri, iar, pe de alta, deoarece studiul textelor legale care stabilesc sarcini reale administrative dezvăluie destule cazuri în care, deși este vizat în continuare un interes general, beneficiarul direct acestora este un imobil dependență domeniială.

Nu credem că se impune o distincție între cele două tipuri de sarcini administrative evocate. Aceasta întrucât, chiar și atunci când aparent servitutea profită unui imobil proprietate publică, această situație nu este decât secundară și întâmplătoare. În realitate, servitutea administrativă își justifică existența numai prin raportare la utilitatea publică în vederea căreia a fost instituită. Legătura sa cu imobilul proprietate publică se explică prin suprapunerea interesului public ce fundamentează servitutea cu utilitatea publică concretă căreia îi este afectat imobilul domenal. În loc să vedem în imobilul domenal învecinat un fond superior, dominant, ar fi mai potrivit să vedem un bun supus aceleiași utilități publice care afectează și imobilul aservit, cu precizarea că, dacă în ultimul caz impactul interesului public este redus la grevarea proprietății private cu o sarcină administrativă, primul este chiar în totalitate afectat utilității publice, de așa manieră încât este sustras regimului proprietății private și inclus în domeniul public.

Structura clasică a raportului funciar creat de servitutea civilă nu susține deci și servitutea administrativă. O abordare identică a celor două instituții ar contrazice specificul proprietății publice și al fundamentului activității administrației. În vreme ce personalitatea juridică a subiecților de drept civil se manifestă prin capacitatea de a avea drepturi subiective, în dreptul administrativ, „ceea ce constituie esența unei colectivități publice este noțiunea de misiune, și nu cea de interes sau de patrimoniu”⁷. Persoanele de drept public nu sunt decât un mijloc, „un instrument realizator”, existența lor nu se justifică decât în vederea satisfacerii interesului public. Statul sau unitatea administrativ-teritorială, ca titulari ai proprietății publice, nu pot invoca interese proprii, independente de interesul public, în exercițiul acestui drept și al accesoriilor sale. Din aceste motive, servitutea administrativă nu se poate raporta în mod direct și esențial la imobilul proprietate publică, ca fond dominant. Ea nu crește utilitatea normală a acestuia, ci este necesară realizării acestei utilități. Nu titularul proprietății publice se bucură de beneficiul servituții, ci interesul public este în primul rând servit.

De exemplu, servituțiile privind ocuparea temporară a proprietății private în vederea realizării anumitor lucrări de utilitate publică sunt atașate interesului de a realiza respectivele operațiuni, și nu imobilului rezultat în urma acestor lucrări. Nu se pune problema de a servi un fond superior, ci de a facilita pur și simplu realizarea lucrărilor demarate în vederea unui interes public. Interdicția de construi peste o anumită înălțime în zonele din apropierea aerodromurilor nu este menită să crească utilitatea aerodromului în sine, ci să asigure siguranța transportului aerian. Obligația de a nu împiedica prin construcții sau plantații vizibilitatea semnelor de circulație de pe marginea drumurilor publice, impusă proprietăților riverane, nu multiplică utilitatea drumului public, ci contribuie în mod esențial la realizarea afecțiunii sale.

Discuții ample s-au purtat în jurisprudența franceză cu privire la natura obligației de a permite trecerea cablurilor de telecomunicații sau de distribuție a curentului electric pe deasupra imobilelor aflate în proprietate privată. În încercarea de a le turna în forma servituților tradiționale, s-a recurs deseori la explicații artificiale cu efect de deformare a noțiunilor juridice implicate. Fondul dominant a fost identificat fie chiar în cablurile respective, susținându-se – forțat – că acestea au natură imobiliară din moment ce sunt prinse de pământ prin intermediul stâlpilor, fie în centrala de furnizare a energiei electrice de la care acestea pornesc – inexact și oricum inutilizabil în cazul telecomunicațiilor, unde un imobil cu o asemenea funcție de cele mai multe ori lipsește. În fața incapacității de a identifica un imobil cu rol de fond dominant, s-a vehiculat și ideea că, în cazul servituților administrative, fondul dominant nu trebuie neapărat să corespundă unui bun material, el putând fi abstractizat, astfel încât să se poată identifica cu interesul public sau cu utilitatea publică în vederea căreia a fost instituită servitutea⁸.

În cele din urmă, Curtea de Casație franceză a stabilit că „*existența unui fond dominant nu este esențială pentru existența unei servituți când aceasta este stabilită prin lege*”⁹, respectiv că servitutea administrativă nu are ca efect decât „*să oblige la respectarea unei reguli de utilitate generală, și nu să servească unui fond dominant căruia servitutea nu îi este acordată decât în mod accesoriu, ca o consecință a interesului public*”¹⁰.

Devine astfel evident că, cel puțin în cazul servituții administrative, se impune să renunțăm la conceptul tradițional de servitute, văzută ca un raport funciar între un fond dominant și un fond aservit, în favoarea unei noțiuni mai laxe, capabile să includă toate sarcinile impuse proprietății private în vederea utilității publice¹¹. Din această perspectivă vom parcurge examenul de legislație care urmează.

1.3. Servituți administrative, sarcini reale, obligații legale de interes public. Instantaneu de legislație

Ne propunem în cele ce urmează să redăm o imagine de ansamblu asupra diverselor forme sub care se întâlnesc servituțile administrative în legislația aferentă. Demersul vizează tehnica legislativă folosită pentru instituirea sarcinilor reale de utilitate publică.

Prima observație care se impune este aceea că legiuitorul a optat pentru o abordare pragmatică a limitărilor impuse dreptului de proprietate privată, fiind preocupat de rezolvarea aspectelor ce țin de funcționarea serviciului public în cauză, și mai puțin de sistematizarea juridică logică a obligațiilor impuse particularilor, fie ei utilizatori ai serviciului public, fie concesionari, fie titulari de drepturi reale

asupra imobilelor proprietate particulară afectate de sarcini reale. De multe ori, așa cum vom vedea, aceleași texte legale reglementează nediferențiat obligații și sarcini de naturi diferite, doar pentru că instituirea lor servește aceluiași scop.

Presărate mai mult sau mai puțin ordonat în vasta legislație dedicată fie funcționării diverselor servicii publice, fie regimului juridic al anumitor bunuri, a căror conservare prezintă și un interes general, servituțiile administrative se regăsesc sub denumiri și calificări juridice diferite.

a) Într-o primă variantă, *servitutea* este denumită ca atare de lege. Amintim, de pildă, servituțiile de aeronautică civilă, instituite în scopul asigurării siguranței zborului¹², servituțiile stabilite de Legea nr. 123/2012¹³ a energiei electrice și a gazelor naturale (art. 12, art. 14, art. 15, art. 109-113, art. 117). Opțiunea legiuitorului pentru calificarea unei sarcini reale ca servitute nu este un indiciu de încredere, întrucât aceasta exclude automat ca alte obligații impuse proprietarilor particulari de aceeași lege și în vederea aceluiași interes public să intre în aceeași categorie, deși sunt calificate altfel de legiuitor.

O analiză simplă a reglementării în materia energiei electrice și a gazelor naturale oferă suficiente argumente în sensul irelevanței calificării juridice date de legiuitor sarcinilor reale instituite în vederea asigurării funcționării serviciului public. Astfel, textele invocate califică și reglementează separat un *drept de uz* al titularilor autorizațiilor de înființare și al titularilor licențelor pentru executarea lucrărilor necesare realizării, relocării, re tehnologizării sau desființării capacității energetice, respectiv pentru asigurarea funcționării normale a acesteia (art. 12 al. 2 lit. a și b din Legea energiei electrice și a gazelor naturale), o *servitute de trecere* subterană, de suprafață sau aeriană pentru instalarea/desființarea rețelelor electrice și a echipamentelor aferente capacității energetice, dar și pentru accesul la locul de amplasare a acestora (art. 12 al. 2 lit. c), apoi un *drept de acces la utilitățile publice* (art. 12 al. 2 lit. e), dar și un *drept de servitute legală* asupra terenurilor cuprinse în zonele de protecție și de siguranță (art. 15). Aceasta din urmă este pur și simplu prevăzută expres de lege, dar fără a se preciza obiectul său și fără a se stabili competența vreunei autorități administrative de a-l determina; în schimb, art. 42 și 49, ambele intitulat *Interdicții*, condiționează posibilitatea construirii, efectuării de săpături sau înființării de plantații în zona de siguranță de obținerea unui aviz, respectiv acord al operatorului de transport și de sistem, respectiv al operatorului de distribuție, alături de stabilirea altor prohibiții, care în nici un caz nu pot face obiectul vreunei servituți (de pildă, interdicția de a arunca obiecte de orice fel pe rețelele electrice de transport sau de distribuție). Cât privește prerogativele instituite de art. 12 al. 2 lit. a și b și detaliate în art. 14 din aceeași lege, acestea nu pot reprezenta un veritabil drept de uz, în sensul celui

reglementat de Codul civil și, în orice caz, nu credem că justifică o calificare diferită față de așa-numitul drept de servitute legală. Trebuie observat mai întâi că, în baza art. 12 al. 3, acest drept are vocație spre perpetuitate, întrucât „se întinde pe toată durata de funcționare a capacității” energetice¹⁴, ceea ce ar contraveni naturii esențial temporare a dreptului de uz civil. E adevărat că, la nivelul conținutului, prerogativele ar putea fi incluse și într-un drept de uz (dreptul de a depozita materiale, echipamente, utilaje, instalații pentru întreținere, revizii, reparații, de a lucra cu utilajele instalate, de desființa sau reduce culturi, plantații ori alte amenajări existente, de a restrânge activități ale proprietarului în măsura și pe durata strict necesare executării operațiilor respective). Însă, nimic nu împiedică instituirea unei servituți cu acest conținut, iar față de caracterul de drept temporar constituit în favoarea unei persoane al uzului, credem că, dacă se justifică un împrumut terminologic din dreptul civil, acesta trebuie să se refere la servitute, și nu la dreptul de uz. Aceleași observații se impun față de reglementările cuprinse în aceeași lege în materia producerii și furnizării gazelor naturale (art. 109-113, art. 117).

b) A doua variantă de instituire a serviciilor administrative este aceea prin care textul legal prevede *obligații* în sarcina proprietarilor sau deținătorilor cu orice titlu a bunurilor, fără a se pronunța asupra naturii lor juridice.

Aceste obligații au, de cele mai multe ori, un caracter *negativ*, luând forma unor interdicții care limitează liberul exercițiu al dreptului de proprietate: interdicțiile proprietarilor de terenuri aflate în zona de protecție a infrastructurii feroviare publice de a amplasa, chiar temporar, construcții, materiale sau plantații care împiedică vizibilitatea liniei și a semnalelor feroviare (art. 30 lit. a din O.U.G. nr. 12/1998¹⁵), respectiv de a efectua lucrări care, prin natura lor, ar putea provoca alunecări de teren, surpări sau afectarea stabilității solului, inclusiv prin tăierea copacilor, arbuștilor, extragerea de materiale de construcții sau prin modificarea echilibrului freatic (lit. c din același art.); interdicția de a realiza instalații supraterrane de irigații și plantarea de culturi forestiere sau agricole înalte în zonele de protecție meteorologică absolută – 30m în jurul platformelor meteorologice (art. 18 al. 2 din Legea privind activitatea de meteorologie¹⁶); interdicția de a amplasa, în afara localităților, construcții care generează trafic suplimentar¹⁷ la o distanță mai mică de 50m de marginea îmbrăcămintei asfaltice a autostrăzilor, drumurilor expres și drumurilor naționale europene, respectiv de 30m pentru celelalte drumuri de interes național și european, în scopul de evita congestionarea traficului (art. 47 al. 1¹ din O.G. nr. 43/1997 privind regimul drumurilor¹⁸); obligația de a respecta distanța minimă dintre axul drumului și gardurile sau construcțiile situate de o parte și de alta a drumurilor, de 26m pentru drumurile naționale, 24m pentru drumurile

județene, respectiv 20m pentru drumurile comunale, în vederea dezvoltării capacității de circulație a drumurilor publice care traversează localități rurale (art. 19 al. 4 din aceeași O.G. nr. 43/1997); interdicția realizării, în zonele de protecție a drumurilor, de culturi agricole sau forestiere în zonele de siguranță a drumurilor publice, respectiv obligația de abstențiune de la executarea de lucrări, construcții, împrejuriri, plantații sau alte activități care ar împiedica scurgerea corespunzătoare a apelor, vizibilitatea pe drum, care ar provoca înzăpezirea drumului sau ar periclita stabilitatea acestuia, siguranța circulației ori ar modifica regimul apelor subterane sau de suprafață (art. 16 al. 2, respectiv art. 17 al. 2 din O.G. nr. 43/1997).

Mult mai rare, și cu o justificare care va trebui nuanțată, sunt textele care instituie obligații *pozitive*, de a face, în sarcina proprietarilor, precum obligația proprietarilor și titularilor de alte drepturi reale asupra muzeelor și colecțiilor publice de a asigura paza acestora și dotarea cu sisteme de protecție eficiente (art. 11 al. 1 lit. i din Legea muzeelor și a colecțiilor publice¹⁹).

c) O a treia tehnică legislativă prin care se instituie servituți administrative este aceea prin care legea stabilește *dreptul* autorităților sau al concesionarilor de servicii publice de a exercita acte de folosință asupra imobilelor proprietatea particularilor, fără a se referi la o *obligație* a acestora, și, cu atât mai puțin, a o califica juridic.

De pildă, dreptul furnizorilor de rețele de telecomunicații electronice autorizați de a instala, de a întreține, de a înlocui sau de a muta orice elemente ale rețelelor de comunicații electronice (inclusiv suporturile și celelalte facilități necesare pentru susținerea acestora), precum și punctele terminale utilizate pentru furnizarea de servicii de comunicații electronice, pe, deasupra, în sau sub imobile aflate în proprietatea privată (art. 22-31 O.U.G. nr. 79/2002²⁰);

Alteori, în cadrul aceluiași articol sunt melanjate obligațiile reale ale proprietarilor sau titularilor de alte drepturi de utilizare a terenurilor cu interdicții cu caracter general. Astfel, dacă servitutea *non altius tolendi* prevăzută la lit. a a art. 30 din O.U.G. nr. 12/1998 se impune tuturor celor care folosesc terenul ca proprietari sau titulari ai altor drepturi asupra acestuia, este evident că interdicția de a utiliza, în zona de protecție a infrastructurii feroviare publice, de indicatoare și lumini de culoare roșie, galbenă, verde sau albastră, care ar putea crea confuzie cu semnalizarea feroviară, prevăzută de art. 30 lit. b, precum și cea de la lit. d a aceluiași articol, de a depozita necorespunzător materiale, substanțe sau deșeuri care ar putea degrada infrastructura feroviară, zona de protecție a acesteia, precum și desfășurarea normală a traficului feroviar, nu vizează doar deținătorii cu orice titlu de terenuri incluse în zona de protecție, ci și orice terți, inclusiv utilizatorii serviciului public a cărui normală funcționare este protejată. În aceeași

situație ne aflăm în cazul interdicțiilor stabilite de art. 42 lit. a-f și de art. 49 lit. a-f din Legea energiei electrice și a gazelor naturale, pentru protecția instalațiilor de transport și de distribuție.

2. Discuții asupra autonomiei conceptuale a servituțiilor administrative

Reflexie a scopului de utilitate publică căruia îi servesc, servituțiile administrative cunosc un regim juridic derogatoriu față de cel al suratelor lor din dreptul privat. Aceste elemente de discrepanță sunt evocate sumar, atât de doctrina de drept civil, de multe ori ca argument al excluderii respectivelor servituții din obiectul său de studiu²¹, cât și de autorii de drept administrativ al bunurilor care se pronunță lapidar asupra naturii lor juridice, în principiu de o manieră negativă, subliniind lipsa identității noțiunii cu cea din dreptul privat²².

Vom încerca să depășim cadrul unei simple enumerări a acestor reguli derogatorii (1), analizând aria lor de acțiune și căutând să determinăm mai exact impactul pe care ele îl pot avea asupra naturii juridice a servituțiilor administrative (2).

2.1. Regimul juridic al servituțiilor administrative derogatoriu față de regulile servituțiilor de drept privat

În primul rând, împrumutând caracteristicile dreptului de proprietate publică, servituțiile administrative sunt considerate în doctrină ca fiind atât inalienabile, cât și imprescriptibile. Drept consecință, exceptând cazurile în care legea dispune altfel, nu se vor putea stinge prin simpla neexercitare îndelungată²³, spre deosebire de servituțiile civile, în cazul cărora neuzul vreme de 10 ani, în conformitate cu prevederile art. 770 al. 1 lit.f NCC (respectiv 30 de ani, pentru cazul celor constituite sub imperiul Codului civil 1865) are efect extinctiv, indiferent de motivul care a determinat pasivitatea titularului dreptului.

A doua diferență de regim juridic ce poate fi sesizată ține de vocația spre perpetuitate a servituției de drept privat. Văzută ca o sarcină a fondului aservit menită să realizeze o augmentare a utilității unui imobil, și nu să servească interesului pasager al unei persoane, servitutea civilă are o durată de existență în mod natural legată de cea a imobilelor pe care le afectează activ sau pasiv. Interesul public care justifică servituțiile administrative nu poate fi caracterizat cu titlu general de o asemenea stabilitate; el poate fi, dimpotrivă, extrem de fluctuant în timp, ceea ce impune ca și mijloacele sale juridice de realizare să fie adaptabile, în concordanță cu cerințele momentului.

În al treilea rând, pentru diferențierea celor două noțiuni, se evocă adesea faptul că sancțiunea încălcării servituții este de factură diferită, după cum ne aflăm în prezența unei servituți civile sau administrative²⁴. În cazul primeia, remediul se va înscrie în panopia sancțiunilor de drept privat. Atingerile aduse drepturilor reale fiind sancționate întotdeauna în natură, în caz de nerespectare a dreptului de servitute civilă, se va dispune încetarea actelor contrare acesteia și, dacă este cazul, desființarea lucrărilor ce contravin obligației de abstențiune a proprietarului fondului aservit. Actele contrare servituții administrative constituie de multe ori contravenții sau chiar infracțiuni, astfel că sancțiunea împrumută caracteristicile impuse de apartenența normei încălcate la ramura dreptului public.

Un al patrulea element care pledează în favoarea autonomiei conceptuale a servituților administrative față de cele civile este dedus din observația că în destule cazuri legea stabilește competența organelor administrative în stabilirea servituților de utilitate publică și determinarea conținutului lor concret, ceea ce înseamnă automat că, la constituirea acestora, trebuie urmată o anumită procedură, ale cărei eventuale vicii pot atrage nulitatea actului de constituire.

În al cincilea rând, proprietarul fondului grevat de o servitute de drept privat poate renunța în favoarea proprietarului fondului dominant la terenul sau porțiunea din terenul său afectată exercițiului servituții, stingând pe această cale servitutea, împreună cu obligațiile reale pozitive stabilite prin ipoteză în sarcina celui dintâi²⁵. Dimpotrivă, se apreciază²⁶ că servitutea de utilitate publică nu se poate stinge ca urmare a abandonului fondului de către proprietarul ținut la respectarea ei: interesul public trebuie servit, indiferent cât ar fi de împovăraător.

În fine, argumentul care se vrea decisiv invocă interdicția constituirii de servituți civile *in faciendo*, cu alte cuvinte servituți care să impună un fapt pozitiv proprietarului fondului aservit. Considerată esențială pentru servitutea de drept privat, văzută ca un raport între două sau mai multe imobile, prohibiția amintită nu își găsește justificare teoretică în situația servituților administrative.

2.2. Impactul originalității regimului juridic asupra naturii servituții administrative

a) Imprescriptibilitatea ar putea fi, la o primă vedere, elementul care aduce distincția dintre cele două tipuri de servituți pe terenul fundamentului acestora.

Pe de o parte însă, împrumutul regimului domenalității publice²⁷, mai precis a caracteristicilor dreptului de proprietate publică, servituților de drept administrativ ni se pare nejustificat. Raționamentul conform căruia, fiind un

accesoriu al proprietății publice, servitutea administrativă va fi inalienabilă și imprescriptibilă precum cea dintâi este inexact, simplificator în mod excesiv și, în același timp, inutil pentru a înlătura posibilitatea stingerea servituții prin neexercitare îndelungată. Chiar admițând accesorialitatea servituții administrative față de proprietatea publică, un asemenea raport poate implica o similitudine de soartă juridică, dar nu și una a caracterelor juridice. Pentru a oferi un contraexemplu edificator nici nu trebuie să ne îndepărtăm de obiectul studiului de față: servitutea civilă stabilită prin fapta omului este considerată un accesoriu al fondului, dar nu preia imprescriptibilitatea extincțivă a proprietății private. Apoi, în numeroase cazuri de servituți administrative, nu se poate decela un imobil (proprietate publică) în favoarea căruia a fost stabilită servitutea. Cel mai adesea, servitutea de drept public este instituită în vederea asigurării bunei funcționări a unui serviciu public sau a unei utilități publice concrete, fără ca un imobil proprietate publică să joace rolul fondului dominant.

În realitate, servitutea constituită în scopul satisfacerii unei utilități publice nu se poate stinge decât ca urmare a dispariției acestei utilități publice²⁸. Or, nici neexercitarea actelor de folosință asupra imobilului grevat (în cazul servituților *in patiendo*), nici lipsa combaterii actului contrar servituții (în situația celor ce impun o obligație negativă) în principiu nu sunt suficiente pentru a face să dispară utilitatea publică. Încetarea utilității publice nu poate rezulta decât dintr-un act formal²⁹, al legiuitorului sau al administrației, după caz. Ca regulă generală, o stare de fapt, precum simplul neuz, nu pune punct utilității publice inițial declarate, administrația având oricând posibilitatea de a o invoca³⁰, deci nici nu conduce la stingerea servituții administrative.

Dimpotrivă, utilitatea privată căreia îi servește servitutea civilă propriu-zisă trebuie susținută prin actul de exercitare al proprietarului fondului dominant, în caz contrar, știrbirea proprietății prin constituirea servituții nemaiavând nicio justificare. Aceasta nu trebuie să conducă la concluzia că stingerea prin neuz a servituții civile este o sancțiune a pasivității proprietarului; cu atât mai mult cu cât extincția servituții se produce indiferent de motivul neexercitării³¹. Neuzul îndelungat pune sub semnul îndoielii utilitatea servituții, dar aceasta este înțeleasă în sens obiectiv, prin raportare la fond, și nu la comportamentul proprietarului său. Același raționament nu duce însă și la stingerea servituții administrative: utilitatea publică abstractă se menține până la expresia formală de voință în sens contrar, o îndoială oricât de serioasă, dedusă din abstențiunea îndelungată a administrației în exercițiul servituții, nefiind suficientă să înlătore sarcina impusă fondului aflat în proprietate privată. Cu alte cuvinte, dubiul cu privire la utilitatea concretă a servituții joacă în favoarea proprietății depline și exclusive atunci când în discuție sunt interese de

natură privată (egale), dar nu are nici un efect asupra interesului public (superior celui privat) care se impune a fi respectat în mod continuu, chiar în lipsa manifestării sale în plan material.

Câteva precizări se impun în vederea evitării unei eventuale critici care s-ar putea aduce explicațiilor anterioare față de importanța dată rolului prevalenței interesului public în eliminarea stingerii servituții administrative prin neuz. Este adevărat că nici vechile așa-zise servituți civile legale sau ceea ce Noul cod civil numește limite legale stabilite în interes privat în exercițiul dreptului de proprietate³² nu se pot stinge în urma unei neexercitări îndelungate³³, deși sunt instituite având în vedere utilitatea privată a fondurilor. Servituțiile administrative, ca limite legale ale exercițiului dreptului de proprietate, ar trebui astfel menținute datorită sursei lor legale, indiferent de exercițiul lor concret și indiferent de natura intereselor în joc. Argumentul nu acoperă însă cazul servituțiilor stabilite nu prin lege, ci prin voința administrației, caz în care numai recursul la utilitatea publică, ca numitor comun al celor două situații, conferă explicația satisfăcătoare. În plus, trebuie observat că, pe lângă beneficiul creat în interesul privat al proprietarului, există un interes general la baza normelor civile care instituie așa-zisele limitări ale exercițiului proprietății în interes privat: asigurarea utilității normale a fondurilor, cu evitarea unor cheltuieli excesive, prezervarea armoniei în relațiile de vecinătate³⁴ etc. Un argument în acest sens rezultă și din interpretarea teleologică a textului al. 2 al art. 602 NCC, care stabilește că „*limitele legale în interes privat pot fi modificate ori desființate temporar prin acordul părților*” (subl. ns., A.B.). Așadar, există ceva deasupra interesului privat al proprietarilor fondurilor vizate de limitele impuse de lege, care face ca sarcina să subziste atâta vreme cât există situația de fapt care a stat la baza reglementării și ca orice voință contrară a particularilor să nu poată avea decât eficacitate temporară.

Astfel justificată regula conform căreia servituțiile administrative nu se sting prin neuz, putem afirma *mutatis mutandis* că nici cazul de încetare a servituțiilor civile ca urmare a dispariției oricărei utilități a acestora³⁵ nu li se va putea aplica în principiu decât în urma unei încetări formale a utilității publice în vederea căreia au fost constituite.

Pe de altă parte, caracterul disparat și neomogen al dispozițiilor legale în materia servituțiilor administrative permite legiuitorului crearea unor (aparente) excepții-surpriză, a căror formulare mai puțin inspirată nu facilitează nici aplicarea practică, nici justificarea în plan teoretic. Astfel, al. 4 al art. 29 din Legea apelor³⁶ dispune că „*în cazul în care, la lucrările prevăzute la alin. (1), pentru care s-a prevăzut servitutea, aceasta a fost abandonată timp de cel puțin 3 ani sau, dacă menținerea ei nu mai este necesară, servitutea se poate considera stinsă*”.

Este vorba de lucrările de amenajare a bazinelor hidrografice și alte lucrări hidrotehnice de interes național³⁷. Conform al. 1 al aceluiași articol, terenurile pe care urmează să fie amplasate asemenea lucrări fie vor fi expropriate, fie vor fi ocupate temporar. Având ca efect trecerea proprietății asupra imobilului vizat în domeniul public, exproprierea exclude orice discuție cu privire la o servitute de tip administrativ, astfel încât nu putem decât să înțelegem că servitutea la care se referă al. 4 este cea care impune suportarea ocupării *temporare* a bunului de către administrație. Însă textele alineatelor 2 și 5 generează confuzie când, referindu-se - în afara oricărui dubiu - numai la situațiile vizate de acest articol, enumeră bunurile care „sunt scutite de servituți permanente”, respectiv detaliază obiectul despăgubirii „la crearea servituții *temporare* sau permanente”, care include și „foloasele de care [proprietarul] este lipsit prin schimbarea destinației *temporare* sau permanente a zonei respective de teren” (sublinierile ne aparțin). Or, dacă ocuparea terenului, prin care se concretizează atingerea adusă proprietății, trebuie să fie temporară, servitutea al cărei obiect constă în sarcina de a suporta această folosire de către altul nu are cum să fie decât temporară³⁸.

Revenind la stingerea servituții supuse analizei, vom observa că, în ciuda exprimării textului, nu suntem în prezența abandonului acesteia, întrucât, pe de o parte, extincția dreptului ca urmare a renunțării titularului său se produce instantaneu, nu este susceptibilă să se dilate în timp (*abandonul vreme de trei ani*), iar, pe de alta, nu există, în ipoteza textului, un act juridic administrativ în acest sens, tăcerea nefiind revelatoare de voință juridică³⁹. Nu se poate reține decât că, în sintagma *abandon al servituții* din textul menționat, legiuitorul folosește primul termen – neinspirat - în sensul său nejuridic, referindu-se probabil la lipsa întreținerii sau folosirii lucrărilor în vederea cărora este ocupat terenul, respectiv la o neexercitare a servituții care impune suportarea respectivelor lucrări. Însă neexercitarea nu atrage *per se* stingerea servituții, ci conduce la împlinirea condiției extinctive care afectează declararea utilității publice prin însăși voința legiuitorului. Cu alte cuvinte, legea stabilește, într-o manieră similară reglementării generale a exproprierii, că utilitatea publică ce impune aservirea proprietății private încetează dacă cel care administrează lucrările nu mai exercită deja de trei ani dreptul de ocupare a imobilelor afectate, adică, în limbajul nejuridic (al legii), *abandonează* locul.

Cea de-a doua situație de încetare a servituții vizată de textul în discuție este încă și mai vag reglementată: *menținerea ei nu mai este necesară*. Formula nu ar fi ridicat însă probleme de interpretare și aplicare dacă încetarea servituții în acest caz ar fi fost legată de manifestarea de voință a autorității administrative sau a concesionarului serviciului public în favoarea căruia a fost prevăzută servitutea. Actul ar fi fost în măsură să dezafecteze formal lucrările (sau să stea la

baza dezafectării lor formale, după caz), declarând încetarea utilității publice a acestora, ceea ce ar fi salvat o anumită coerență a regimului bunurilor domeniiale. Stabilind însă că *servitutea se poate considera stinsă*, textul sugerează o încetare automată ca urmare a dispariției utilității acesteia, la o epocă în care nici dreptul comun al servituților civile nu prevedea posibilitatea stingerii ca urmare a inutilității lor. Să fie oare o derogare intenționată, atât de la regulile de drept civil, dar și de la cele administrative, sau o simplă stângăcie în exprimare, fără ca vreun impact asupra modului de stingere a servituții să fi fost vizat? Întrucât cel interesat să invoce stingerea servituții este proprietarul sau utilizatorul cu alt titlu al terenului afectat, și nu administrația sau concesionarul serviciului public în vederea căruia a fost stabilită servitutea, ar putea apărea cazuri în care situația de fapt ar indica lipsa de interes a menținerii servituții, fără ca administrația să se preocupe de declasarea (formală) a bunurilor și lucrărilor care serviseră inițial interesului public. Ar putea proprietarul să se prevaleze de stingerea servituții întemeindu-se doar pe situația materială a terenului ocupat sau a lucrărilor în vederea cărora a fost constituită servitutea⁴⁰? Credem că un răspuns afirmativ nu poate fi admis decât în cazurile absolut excepționale în care și dispariția utilității publice ar putea rezulta din simpla dezafectare materială, din modificarea obiectivă semnificativă a circumstanțelor, de așa manieră încât este în afara oricărei îndoieli că bunul și-a pierdut utilitatea publică căreia îi fusese afectat⁴¹. Dimpotrivă, orice posibilitate de discuție asupra supraviețuirii utilității publice vizate de lucrările administrației va exclude stingerea automată a servituții⁴², chiar în prezența *de lege lata* a soluției date legiuitor în art. 29 al. 4 din Legea apelor – textul supus atenției noastre –, întrucât nu s-ar putea susține că, în mod cert, *menținerea ei nu mai este necesară*. Așadar, interpretat și aplicat cu observarea riguroasă a principiilor dreptului administrativ, textul nu instituie o veritabilă excepție de la regimul general aplicabil servituților administrative.

Se poate astfel formula concluzia că imprescriptibilitatea nu reprezintă o trăsătură proprie servituților administrative, care să le diferențieze ca mecanism de grevare a proprietății asupra imobilelor de servituțiile de drept civil. Faptul că simplul neuz, respectiv inutilitatea nu sunt în principiu în măsură să atragă automat stingerea servituții se datorează specificului utilității căreia îi servesc. Ca măsură de protecție a domeniului public, utilitatea publică nu încetează în lipsa manifestării exprese de voință a administrației sau legiuitorului, în vreme ce survenirea inutilității servituții civile este perfect compatibilă cu o simplă stare de fapt revelatoare în acest sens.

b) Lipsa vocației spre perpetuitate este o altă caracteristică a servituții administrative evidențiată în scopul sublinierii diferențierii acesteia de servitutea civilă. De o factură mai subtilă, argumentul vine să pună în lumină **lipsa stabilității, a fixității** servituții administrative, necesara ei flexibilitate și mutabilitate, consecință a fluctuațiilor inerente interesului public, mereu adaptat nevoilor schimbătoare ale societății.

Dacă ne raportăm la consecința referitoare la durata servituții, diferența nu ni se pare decisivă.

Vocația spre perpetuitate a servituții propriu-zise de drept civil este menționată mai ales datorită caracterului său extraordinar în raport cu regimul obișnuit al celorlalte drepturi patrimoniale, altele decât proprietatea. Într-adevăr, exceptând proprietatea – axul central al raporturilor civile patrimoniale – celelalte drepturi care rezultă din acte sau fapte menite să o pună în valoare, să o protejeze sau să o transmită au în principiu o existență limitată temporal: drepturile reale principale asupra bunului altuia sunt temporare⁴³ din nevoia de preservare a exclusivității, absolutismului și caracterului deplin al proprietății, iar creanțele, împreună cu garanțiile reale pe care le pot avea ca accesorii, prin însuși scopul lor (primirea prestației promise) sunt destinate extincției. Discrepanța față de celelalte drepturi reale principale asupra bunului altuia, denumite în doctrină dezmembrăminte ale proprietății⁴⁴, reflectă vechea distincție romană⁴⁵ dintre servituțiile personale și servituțiile reale sau prediale⁴⁶. Menite să satisfacă nevoile unei persoane determinate, primele nu își justifică o durată mai mare decât viața unui om. Astfel, uzufructul și diminutivele sale, uzul și abitația, au un caracter esențialmente temporar, cel mult viager. Celelalte vizează mai mult decât interesele persoanei, fiind destinate să procure un avantaj fondului dominant. Nu este vorba doar de transferul unei prerogative de la proprietarul fondului aservit la proprietarul fondului în favoarea căruia e constituită servitutea. Augmentarea utilității câștigată de fondul dominant se atașează acestuia și îl va însoți indiferent de persoana proprietarului sau utilizatorului fondului. Această legătură de accesorialitate creată între imobil și servitutea civilă justifică posibilitatea întinderii duratei de viață a servituții la aceea a imobilelor pe care le afectează, fie activ, fie pasiv.

Perpetuitatea este însă doar de natura servituții de drept civil, ea putând fi creată pe o durată determinată. Mai mult, pot exista situații când, din însuși obiectul servituții se deduce caracterul temporar al acesteia, cum ar fi, de exemplu cazul servituții de exploatare a carierei de piatră de pe fondul aservit. Pe acest palier, falia dintre servitutea civilă și cea administrativă se subțiază semnificativ: ambele pot fi constituite atât pe durată determinată, cât și pe timp nelimitat.

Mai departe decât o simplă observație de ordin cantitativ, dependența servituții administrative de interesul public produce consecințe în planul stabilității sale calitative. Mai exact, modificarea interesului public nu doar poate conduce la încetarea servituții administrative, ci și la schimbarea obiectului său sau a modului de exercitare prin voința unilaterală a celui care exercită puterea publică. O asemenea posibilitate, nu doar compatibilă cu regulile dreptului administrativ, dar și impusă de acestea⁴⁷, se lovește, în teoria dreptului civil al bunurilor, de cunoscutul principiu al fixității servituții⁴⁸, care, dedus din dispozițiile art. 767-768 NCC (art. 634-635 C.civ. 1865), pune la adăpost servitutea de modificări arbitrare și unilaterale din partea proprietarului fondului dominant, dar și din partea celui aservit.

Sub acest aspect, se impun câteva precizări, care ar putea conduce la nuanțarea problemei raporturilor servituții administrative cu cea civilă. Fixitatea servituții civile nu este la adăpostul oricărei discuții. Interdicția de a agrava, prin modul său de exercitare, situația fondului aservit nu exclude posibilitatea adaptării servituții civile la evoluția societății, pentru a servi în continuare utilității imobilului în vederea căreia a fost constituită. O servitute al cărei titlu constitutiv redactat în perioada antebelică prevede dreptul de a trece cu birja sau cu carul pe proprietatea vecină nu își mai atinge scopul dacă acestea nu sunt înlocuite cu mijloacele de transport actuale, automobilul, respectiv tractorul sau camioneta. Subliniind că servitutea este o piesă esențială a sistemului funciar, și nu o situație de excepție, întrucât niciun imobil nu e vreodată izolat, un autor⁴⁹ pledează, convingător din punctul nostru de vedere⁵⁰, pentru înlocuirea regulii fixității cu un principiu al mutabilității servituții limitat în mod rezonabil prin observarea obiectivă a evoluției normale a nevoilor fondurilor puse în relație de aceasta. Caracterile juridice ale servituții confirmă necesitatea și posibilitatea regulii mutabilității. Astfel, ele sunt accesorii fondurilor și deci supuse variațiilor nevoilor acestora. Apoi, perpetuitatea servituțiilor nu este rezonabil admisibilă decât dacă ele știu să reziste evoluției oamenilor și lucrurilor⁵¹. Furnizând un complement de utilitate fondurilor învecinate, o punere în comun a avantajelor unuia dintre ele, servitutea civilă devine un mijloc (adaptabil) de organizare a unei colectivități.

Este mutabilitatea servituții civile – încă timid acceptată în doctrină – de natură să permită o apropiere conceptuală a servituțiilor administrative, irevocabil supuse modificărilor de orice natură ale sprințarului interes public?

Într-o încercare de a demonstra încadrarea servituțiilor administrative în definiția dată servituțiilor de drept civil, un autor⁵² concluzionează că, privesc sub aspectul lor activ, toate servituțiile administrative, deși multiple, sunt departe de a răspunde unei finalități atât de vagi și de subiective, încât să ajungă o noțiune

lipsită de sens. Multiplicarea și evoluția acestora se datorează parcursului în timp al intervenționismului etatic în activitățile private. Normele care impun sarcini reale în interes public fondurilor emană tot mai mult de la un stat-dirijor, care stabilește politici, direcții de acțiune, coordonează și verifică majoritatea activităților private⁵³, și mai puțin de la vechiul stat-jandarm, care, acționând mai sever, prin interdicții sau prin impunerea unui anumit comportament, își limita totodată intervenția, în favoarea unui sens mai pronunțat al noțiunii de libertate individuală. Servituțiile administrative apar astfel ca unul dintre instrumentele privilegiate ale ordinii publice. Recursul la această noțiune ar permite, în opinia autorului citat, evitarea definirii servituții administrative prin raportare la utilitatea publică sau interesul public, noțiuni vagi și puternic impregnate de subiectivism. Ordinea publică, deși departe de a fi o noțiune statică, permite stabilirea unei ordini de prioritate, tranșarea unei conflict între două sau mai multe reguli de drept, între mai multe voințe sau între regula de drept și voința particulară. Astfel, ea este rezultatul unui proces de solidificare a utilității publice, noțiune mai largă ce acoperă toate activitățile publice și reprezintă scopul permanent al oricărui act administrativ.

În ce ne privește, nu considerăm că deplasarea scopului servituții administrative spre ordinea publică este de natură să-i confere acesteia contururi mai precise. Dimpotrivă, suntem înclinați să credem că recursul la aceasta în cadrul unei analize orientate spre confluențe ale dreptului administrativ cu dreptul privat este mai degrabă specios. Aceasta pentru că sintagma nu este folosită pentru a desemna noțiuni identice în cele două ramuri de drept⁵⁴. În dreptul privat, mai exact în dreptul civil al obligațiilor, ordinea publică reprezintă ansamblul regulilor de drept și a principiilor care se impun indivizilor în mod imperativ, limitându-le libertatea de a contracta, de a-și crea o ordine privată derogatorie⁵⁵. În dreptul administrativ, ordinea publică își trage rădăcinile profunde din istoria instituțiilor polițienești, desemnând scopul și „fundamentul exercițiului activității de poliție administrativă generală”. „Ordine materială și exterioară, dar și ordine morală, ordinea publică administrativă este ceea ce poliția (administrativă, n.n.) tinde să asigure: securitatea, liniștea și salubritatea publică”⁵⁶.

Apoi, noțiunea de utilitate publică însăși nu și-a conservat același sens de-a lungul timpului, pentru ca raportarea sa la ordinea publică administrativă să dea mereu același rezultat. Necesitatea unui control judiciar efectiv al procedurilor de expropriere a ocazionat elaborarea unor teorii care încearcă să traseze de o manieră obiectivă și cuantificabilă contururile noțiunii de utilitate publică⁵⁷. Astfel, inițial utilitatea publică era un concept abstract, legat de prevalența interesului public față de interesul privat, care nu permitea judecătorului să aprecieze

circumstanțele concrete în care atingerea adusă proprietății private urma să se producă, pentru a nu impieta asupra politicii economice și sociale, domeniu în care administrația deținea o putere aproape discreționară. Ulterior⁵⁸, față de expansiunea intervenționismului etatic, dar și ca reflex al unei epoci în care ideologia pălește în fața economicului, utilitatea publică ce justifica lipsirea de proprietate a particularului a devenit un concept economic concret, definit în termeni de rentabilitate, prin formula „bilanț costuri-avantaje”, viziune care permitea instanței să aprecieze obiectiv superioritatea avantajelor față de inconvenientele proiectului. Fără a intra în detalii, vom observa doar că procesul de cantonare obiectivă a noțiunii de utilitate publică nu a avut nici în dreptul francez succesul scontat: bilanțul costuri-avantaje s-a dovedit o formulă ipocrită, întrucât o reală cântărire a consecințelor proiectului vizat nu se face de către instanțe decât când este vorba de mici lucrări cu impact local, redus; apoi, judecătorul trebuie să aprecieze caracterul excesiv al inconvenientelor proiectului evitând totodată să se substituie puterii executive, ceea ce a redus cazurile de cenzurare a proiectelor la situațiile de eroare evidentă sau de exces de putere; în fine, bilanțul, noțiune cantitativă, se dovedește inadecvat pentru cântărirea calitativă a intereselor în joc (publice și private). În situația proiectelor de importanță națională sau chiar europeană, care implică opțiuni economico-politice de interes vital, ideea de necesitate publică prevalează, transformând formula bilanțului în simplă „incantație rituală”, „perdea de fum”⁵⁹. Astfel, în domeniul de importanță strategică precum cel al energiei, al apărării naționale, respectiv al transporturilor, utilitatea publică este deja un concept politic care transcende eventualele inconveniente concrete pe care lucrările servind acestor interese le-ar crea. În dreptul autohton, deși problema se pune mai mult în plan teoretic, în lipsa unei practici relevante pe această temă, concluzia este aceeași. Scopul facilitării construirii cât mai rapide de autostrăzi este atât de important, încât utilitatea publică a acestui obiectiv este enunțată declamator chiar prin lege⁶⁰.

Dacă utilitatea publică nu poate fi verificată și cântărită obiectiv în situația exproprierii, care presupune chiar pierderea dreptului de proprietate al particularului, cu atât mai puțin poate fi ea cantonată sau cenzurată de instanțe în cazul servituților administrative care, prin ipoteză, nu produc efecte atât de dramatice pentru proprietatea privată. Definirea servituții administrative în funcție de raportul dintre ordinea publică și utilitatea publică nu este de natură să confere contururi mai precise noțiunii.

Subiectivismul și instabilitatea, dependența de contingent a utilității publice – justificare juridică nu doar a exproprierii, ci și a instituirii servituților administrative – nu sunt deci depășite. Sub acest aspect, servituțile administrative

se situează pe o poziție inconciliabilă cu cea a servituților civile, în cazul cărora dorințele diverse și fluctuante ale omului, futele sau originale, sunt private de orice efect.

c) Sancțiunea încălcării celor două tipuri de servituți nu este în realitate de factură diferită. Este adevărat că importanța interesului public spre a cărui realizare a fost constituită servitutea administrativă justifică instituirea de sancțiuni contravenționale, incompatibile cu mijloacele civile de combatere a unor comportamente, însă aceasta nu credem că exclude de principiu obligarea proprietarului imobilului vizat la repunerea lucrurilor în situația anterioară transgresiunii normei.

Cel puțin pentru cazul servituților administrative *in non faciendo* și al celor *in patiendo*, cu excluderea deci a sarcinilor – mult mai puțin numeroase, de altfel - care impun un fapt personal al proprietarului sau al celui care folosește bunul⁶¹, aplicarea sancțiunii contravenționale trebuie să fie dublată de obligarea la desființarea lucrărilor contrare servituții⁶². La fel ca în cazul servituții civile, caracterul real al sarcinii impune ca măsura reparației în natură să fie suportată de proprietarul sau posesorul actual al bunului, indiferent dacă el a efectuat lucrările sau un proprietar anterior⁶³.

Spre deosebire însă de situația din dreptul privat, unde proprietarul fondului dominant trebuie să se adreseze instanței pentru a obține obligarea la repunerea în situația anterioară încălcării servituții, autoritatea administrativă competentă, respectiv concesionarul serviciului public în beneficiul căruia a fost instituită servitutea dețin, în principiu, puterea a aplica în mod direct sancțiunea demolării lucrărilor contrare sarcinii administrative. Regula se explică prin aceea că, în materie privată, nimeni nu își poate face dreptate singur, în vreme ce exercițiul puterii publice nu are nevoie de alți mijlocitori.

Legea nr. 50/1991 privind autorizarea executării lucrărilor de construcții⁶⁴ ne oferă însă o excepție inedită, o atenuare a puterii de principiu a administrației de a asigura în mod direct respectarea limitelor impuse de lege proprietății în vederea unui interes public. În situația lucrărilor de construcții supuse autorizării efectuate în lipsa autorizației de construire sau cu încălcarea limitelor acesteia, autoritatea administrativă va aplica sancțiunea contravențională, obligând în același timp proprietarul la oprirea executării lucrărilor, precum și, după caz, luarea măsurilor de încadrare a acestora în prevederile autorizației sau de desființare a lucrărilor executate fără autorizație ori cu nerespectarea prevederilor acesteia, într-un anumit termen (art. 28 al. 1). Dacă persoana sancționată contravențional a oprit lucrările, dar nu s-a conformat măsurilor stabilite prin procesul-verbal de contravenție (nu a obținut autorizația de construire, nu a refăcut lucrările în conformitate cu autorizația, nici nu a demolat lucrările vizate) autoritatea

administrativă trebuie să se adreseze instanței, pentru ca aceasta să dispună fie menținerea construcției, cu încadrarea lucrărilor în prevederile autorizației, fie desființarea acesteia (art. 32 al. 1). Abia în cazul în care pârâtul nu respectă termenul fixat prin hotărârea judecătorească în acest sens, primarul poate trece, cu ajutorul forțelor polițienești, la demolarea lucrărilor (art. 32 al. 3).

Privită însă din perspectiva proprietății private învecinate celei supuse sarcinii de interes public, protejată în mod indirect de prevederea legală și interesată de respectarea acesteia, sancțiunea servituții administrative poate fi obiectul câtorva observații particulare. Servitutea administrativă nu creează un drept real în favoarea particularilor interesați de respectarea acesteia. Prin urmare, aceștia nu au la dispoziție acțiunile reale pentru a contracara transgresiunea normelor care stabilesc o asemenea servitute. Importanța practică a observației se remarcă în materia urbanismului, în situațiile în care proprietarul sau cel care folosește cu orice titlu imobilul vecin are interes să solicite obligarea constructorului la demolarea lucrărilor efectuate cu încălcarea regulilor de urbanism. Mai mult, proprietarul lezat ar avea interes să obțină încetarea lucrărilor și alinierea lor planurilor de urbanism încălcate, pe o cale procedurală cât mai simplă, mai puțin costisitoare și mai rapidă.

Problema a apărut în jurisprudența franceză și prezintă interes mai ales în ceea ce privește admisibilitatea acțiunilor posesorii. Se poate adresa instanței civile, pe calea unei acțiuni posesorii, proprietarul vecin celui care a construit cu nerespectarea planurilor de urbanism, cerând obligarea pârâtului la încetarea lucrărilor și la desființarea celor efectuate cu ignorarea respectivelor reguli?

Răspunsul nu poate fi decât negativ. Pentru a se bucura de protecția posesorie, reclamantul trebuie să invoce o atingere adusă unei stări de fapt ce corespunde exercițiului unui drept real. Servitutea administrativă nu creează însă în beneficiul particularului un drept susceptibil de posesie. Este adevărat că utilitatea publică și utilitatea privată nu sunt absolut incompatibile, iar o viziune care le separă net este simplistă și inexactă, pentru că, în cele din urmă, interesul public este, la origine, o sumă a intereselor private. De asemenea, este adevărat că, impunând respectarea anumitor distanțe în construcții, a unui regim de înălțime maximă, a unei anumite arhitecturi etc., regulile de urbanism aduc beneficii și proprietarilor terenurilor învecinate, ceea ce legitimează un interes al acestora de a le invoca, însă acesta nu este un drept real și nu poate a fi baza unei acțiuni posesorie⁶⁵.

d) Nu vom insista asupra diferențelor ce rezultă între servituțiile veritabile, de drept privat, și cele administrative din obligativitatea respectării în cazul celor din urmă a unor **formalități procedurale de constituire**. Acest element merită menționat pentru a sublinia dependența existenței servituții administrative de respectarea unui formalism accentuat, specific actelor administrative.

Important la nivel practic, pentru că dă posibilitatea proprietarului fondului afectat să invoce, în termenele și condițiile legale, orice vicii de natură să atragă nulitatea actului constitutiv de servitute, acest aspect nu este însă de natură să stabilească o falie semnificativă în plan teoretic între cele două tipuri de sarcini reale analizate aici.

În primul rând, *mutatis mutandis*, același raționament se poate aplica servituțiilor de drept privat dobândite în baza unui act juridic. Făcând abstracție de jocul regulilor care guvernează sistemul de publicitate imobiliară⁶⁶, servitutea se va desființa dacă actul juridic (civil) de constituire nu respectă condițiile de valabilitate impuse de lege. O diferență de ordin calitativ poate fi sesizată, totuși. Având în vedere că servitutea civilă conferă titularului un drept real imobiliar, susceptibil de înstrăinare odată cu proprietatea asupra fondului dominant și supus înscrierii în cartea funciară, consecințele ineficienței actului constitutiv de servitute asupra existenței acesteia vor fi limitate de mecanismele de protecție a terților subdobânditori, angrenate de sistemul de publicitate imobiliară. Cu alte cuvinte, servitutea civilă ar putea supraviețui chiar în cazul nevalabilității actului, dacă înscrierea dreptului de servitute în favoarea terțului subdobânditor de bunăcredință (al fondului dominant) nu mai poate fi rectificată.

În al doilea rând, dacă observăm tehnica legislativă în materie, vedem că doar o parte dintre servituțiile de utilitate publică sunt stabilite prin act administrativ, și deci supuse condițiilor de validitate ale acestora. În aceste situații, legea stabilește doar principiul afectării cu servituți administrative a unor terenuri aflate în proprietatea particularilor în scopul asigurării bunei funcționări a unui serviciu public. Necesitatea instituirii servituțiilor și utilitatea publică concretă căreia ele îi sunt destinate sunt stabilite de legiuitor, rămânând administrației sarcina de a concretiza obiectul acestora și/sau fondurile aservite, prin emiterea unor *acte juridice administrative* în acest sens⁶⁷. Alături însă, *legea* este cea care stabilește toate elementele necesare identificării servituții, astfel că se poate susține că ea reprezintă actul constitutiv de servitute administrativă, deși nu enumeră expres parcelele afectate⁶⁸. Aici, eventualele discuții cu privire la existența servituții în sarcina unui anumit fond țin doar de interpretarea legii. Administrația poate emite acte care aibă incidență doar în modul de exercitare a servituții, iar anularea lor nu poate desființa servitutea.

e) Facultatea proprietarului fondului aservit de a stinge servitutea prin **abandonul** fondului sau porţiunii din fond pe care aceasta se exercită este în mod tradiţional recunoscută în cazul servituţii de drept privat, dar exclusă în situaţia în care fondul este afectat unei servituţi de interes public⁶⁹. Justificarea livrată constă tocmai în preeminenţa scopului de utilitate publică faţă de interesul proprietarului de a-şi vedea dreptul liberat de orice sarcini. La o primă vedere, pare de neconceput ca, motivat de interese private şi prin mecanisme de drept privat, un particular să se degreveze de sarcinile stabilite prin exerciţiul puterii publice, a căror nerespectare constituie, de cele mai multe ori, o contravenţie, fiind sancţionată ca atare. Privind problema exclusiv din acest unghi, trebuie observat în primul rând că numai servituţile *in faciendo* rămân supuse acestei discuţii⁷⁰. Aceasta pentru că utilitatea publică nu ar fi lezată în cazul stingerii pe această cale a servituţilor *in patiendo*, care obligă particularul să suporte acte de folosinţă ale administraţiei, nici în cazul servituţilor negative, care impun o abstenţiune, o limitare a liberului exerciţiu al dreptului său, indiferent că în urma abandonului imobilul ajunge în proprietatea privată a unităţii administrativ-teritoriale, în baza art. 553 al. 2 teza a II-a din N.C.civ. sau, după caz, a unui terţ, în temeiul uzucapiunii. Atât administraţia, cât şi terţul devenit proprietar, vor fi obligaţi să respecte afectarea sau interdicţia impusă prin lege, întocmai cum era obligat proprietarul anterior.

Raţiuni disparate şi, de multe ori, exterioare instituţiilor juridice în discuţie, conduc la alegerea altor mecanisme, în locul simplului abandon al fondului. În acest context, merită menţionat un caz practic din materia urbanismului, relativ frecvent întâlnit: cel în care planul de urbanism interzice construirea pe o porţiune din terenul aflat în proprietatea unui particular, obligându-l pe acesta să menţină afectarea de drum accesibil publicului. În această situaţie, legislaţia franceză permite expres proprietarului să solicite administraţiei achiziţionarea respectivului teren, în schimbul unui preţ stabilit, la nevoie, de către instanţă⁷¹. În lipsa unei prevederi similare în dreptul nostru, s-a cristalizat următoarea practică: proprietarul fondului aservit face ofertă de donaţie cu sarcini în favoarea unităţii administrativ-teritoriale având ca obiect transferul părţii din teren afectate drumului, cu obligaţia donatarului de a construi sau/şi de a întreţine respectivul drum, ofertă de regulă acceptată de autorităţile competente. Terenul trece astfel în proprietatea privată a unităţii administrativ-teritoriale, care îl poate ulterior clasa ca bun din domeniul său public, având afectarea de drum public. Avantajul donatorului⁷² este acela că, pe această cale, poate pretinde administraţiei (române) construirea, respectiv întreţinerea drumului, după caz, dar mai ales serviciile accesorii acestei afectări (iluminat stradal, servicii de salubritate şi dezapezire etc.), sub *presiunea*

obligativității imediate a sarcinii. Soluția – neortodoxă, de altfel - este însă specifică unui anumit context, acela al dezvoltării imobiliare a zonelor rezidențiale din orașe și suburbiile lor într-un ritm mult mai rapid decât acela al extinderii infrastructurii aferente. Aceleași servicii puteau fi pretinse administrației din calitatea – viciată prin anonim, e drept - de utilizator al serviciului public respectiv.

În ceea ce privește servituțile administrative care impun o obligație de a face, trebuie analizată eventuala incidență a art. 766 N.C.civ., referitor la stingerea servituții prin abandonul în favoarea proprietarului fondului dominant a terenului pe care aceasta se exercită, în situația în care prin actul constitutiv de servitute s-au stabilit în sarcina proprietarului fondului aservit obligații de a face lucrări de natură să servească uzului sau conservării servituții. Înainte de a raporta chestiunea la materia servituților administrative, merită discutate câteva aspecte legate de aplicarea textului servituților de drept privat. Aceasta întrucât atât fundamentul, cât și mecanismul stingerii servituții civile înseși prin abandonul imobilului aservit în favoarea proprietarului fondului dominant sunt departe de a fi clarificate.

Funcția extinctivă a acestui abandon își are rădăcinile în Vechiul Drept francez, unde permitea supușilor să se libereze de rentele funciare datorate seniorului prin renunțarea la terenul deținut în folosință. Printr-o distorsiune a noțiunii romane de *dominium*, transformată sub influența dezvoltării teoriei drepturilor subiective, se ajunge ca în dreptul modern această facultate să îmbrace forma abandonului de proprietate⁷³. Codul Napoleon prevede posibilitatea proprietarului fondului aservit care, prin titlul de constituire a servituții este obligat la efectuarea unor lucrări necesare exercițiului sau conservării acesteia, de a se libera de ele, abandonând imobilul în favoarea proprietarului fondului dominant⁷⁴. Adaptată regimului rentelor funciare anterioare redactării Codului civil francez⁷⁵, instituția se dovedește însă greu compatibilă cu viziunea modernă asupra proprietății și cu regimul servituților (prediale) reglementate în cod. Aceasta pentru că, indiferent de forma pe care au îmbrăcat-o rentele funciare în regimurile anterioare Revoluției Franceze⁷⁶, renunțarea debitorului rentei la fondul deținut atrăgea *automat* revenirea bunului în proprietatea/stăpânirea creditorului, printr-un mecanism asemănător fie reîntregirii proprietății la încetarea uzufructului, fie rezilierii unui contract de locațiune (prin ipoteză, perpetuă). Dimpotrivă, înlăturarea concepției dualiste medievale asupra proprietății, în favoarea proprietății depline și exclusive, face dificil de integrat într-un sistem coerent un abandon care să producă efect translativ/atributiv de drept⁷⁷.

Văzut într-o primă fază ca o consecință a absolutismului dreptului de proprietate, abandonul bunului avea drept scop degrevarea proprietății de sarcinile reale care o însoțeau, prin mecanismul extinctiv al confuziunii. Această explicație

reducea însă domeniul de aplicare al abandonului la cazurile în care existau două drepturi reale concurente asupra aceluiași bun, fie că era vorba de coproprietatea forțată asupra despărțiturilor comune, fie de un drept real asupra bunului altuia sau dezmembrământ al proprietății în viziunea clasică. Evoluția doctrinei a condus însă la recunoașterea posibilității de a renunța unilateral la un drept real, în considerarea scopului pur extinctiv al actului abdicativ, independent de apropierea ulterioară a bunului de către un terț⁷⁸. Dacă un terț devine proprietarul bunului ca urmare a abandonului, aceasta se produce printr-un mecanism de dobândire distinct și ulterior actului de abandon, fie că este vorba de ocupațiunea unui lucru devenit *res nullius*, fie de uzucapiune, fie de o translație a proprietății prin efectul legii.

Consecința este aceea a indiferenței acordului terților (deci inclusiv a proprietarului fondului dominant) la abandonul bunului, precum și a comportamentului anterior al autorului abandonului⁷⁹. Nu același lucru poate fi spus cu privire la dobândirea ulterioară a proprietății bunului abandonat, care nu se poate produce în contra voinței terțului.

Abandonul fondului sau părții din fond pe care se exercită servitutea la care se referă textul art. 699 C.civ. fr. (precum și variantele sale românești, din art. 632 V.C.civ., respectiv 766 N.C.civ.) nu este însă un act pur abdicativ. Cauza acestuia nu este stingerea dreptului de proprietate. Scopul urmărit de cel care renunță la dreptul său, în condițiile acestui text legal, este în primul rând acela de a se libera de obligațiile reale pozitive asumate de proprietarul fondului aservit la momentul constituirii servituții⁸⁰. Mecanismul abandonului în acest caz este creat pentru a permite proprietarului stingerea obligației reale pozitive accesorii, fără a afecta utilitatea procurată de servitute fondului dominant. Acesta din urmă trebuie să aibă în continuare posibilitatea de a exercita prerogativele asupra respectivei porțiuni din fondul aservit conferite anterior de dreptul de servitute. De aceea, textul stabilește că renunțarea la proprietate se face *în favoarea proprietarului fondului dominant*, și nu pur și simplu. Cu alte cuvinte, în urma abandonului terenului sau porțiunii din teren pe care se exercită servitutea, legea conferă proprietarului fondului dominant un titlu de dobândire cu privire la acesta⁸¹. Dacă proprietarul fondului dominant dobândește terenul pe care se exercita servitutea, aceasta din urmă dispare ca efect al regulii *nemini res sua servit*.

În concluzie, abandonul la care se referă art. 766 N.C.civ. (precum și antecesoarele sale din C.civ. 1864, respectiv din Codul Napoleon) nu se identifică cu abandonul pur și simplu la care face referire art. 562 N.C.civ. Sub aspectul ariei incidenței sale, el devine aplicabil numai în situația specială în care proprietarul fondului aservit este însărcinat cu obligații reale pozitive accesorii servituții⁸². Din

prisma efectelor juridice ale celor două forme de abandon vizate, legea furnizează un titlu de dobândire în favoarea unor persoane sau entități diferite, proprietarul fondului dominant, respectiv unitatea administrativ-teritorială. Chiar în situația la care se referă art. 766 N.C.civ., stingerea dreptului de proprietate cu privire la fondul aservit abandonat nu este împiedicată de refuzul proprietarului fondului dominant de a deveni proprietar asupra imobilului delăsat – abandonul este și rămâne un act unilateral. În acest caz, considerăm că devine aplicabil art. 553 al. 2 teza a II-a N.C.civ., în sensul că bunul trece în proprietatea unității administrativ-teritoriale, textul intervenind ca soluție subsidiară și generală de apropiere a imobilului abandonat de către o persoană. În sfârșit, dacă avem în vedere principiul efectului atributiv de drepturi al înscrierii în sistemul de publicitate imobiliară din N.C.civ., vom observa că dobândirea proprietății în baza art. 766 se face numai prin înscrierea în cartea funciară, în vreme ce unitatea administrativ-teritorială devine proprietara bunului, în baza art. 553 al. 2, doar prin efectul legii⁸³, fără înscriere.

Dacă ambele forme de abandon duc în mod egal la stingerea dreptului de proprietate, de la data înregistrării cererii de radiere din cartea funciară, în baza declarației de renunțare, efectul extinctiv cu privire la obligațiile reale accesorii acestuia nu este identic. Jurisprudența franceză și majoritatea doctrinei⁸⁴ admit că, având în vedere caracterul anormal al obligațiilor de a face stabilite în sarcina proprietarului fondului aservit în vederea asigurării exercițiului servituții, renunțarea la proprietatea asupra părții din fond afectate acesteia în favoarea proprietarului fondului dominant stinge obligațiile reale amintite atât pentru viitor, cât și pentru trecut, fără a afecta însă angajarea răspunderii civile delictuale pentru prejudiciile cauzate anterior abandonului. Astfel, dacă drumul pe care urmează să se exercite servitutea de trecere trebuie amenajat și întreținut de către proprietarul fondului aservit, acesta din urmă se poate libera de obligații abandonând calea de trecere în favoarea proprietarului fondului dominant chiar dacă nu a finalizat amenajarea drumului. Pentru a respecta echilibrul esențial între drepturile reale în discuție, suplimentul de utilitate conferit fondului dominant de existența servituții, chiar împreună cu accesoriile sale – obligații reale în sarcina proprietarului fondului aservit -, nu poate fi considerat niciodată mai mare decât beneficiile asigurate de însuși dreptul de proprietate asupra terenului aservit obiect al abandonului. Cu alte cuvinte, în logica sistemului drepturilor reale de natură civilă, a avea proprietatea înseamnă întotdeauna mai mult în plan esențial⁸⁵ decât a avea o servitute asupra aceluiși fond, chiar însoțită de obligații reale impuse titularului fondului aservit.

Celelalte obligații reale, care nu sunt accesorii unei servituții civile, fie că sunt stabilite în interes privat, fie că servesc un interes public, nu sunt supuse mecanismului extinctiv ieșit din comun prevăzut de art. 766 N.C.civ. În general, ele

țin de un anumit statut al bunului, obligând proprietarul în considerarea calității sale de titular al acestui drept. Odată admis la nivel principial abandonul proprietății (fie consacrat legal, precum în art. 562 al. 2 N.C.civ., fie dedus din caracterele dreptului de proprietate), devine evidentă posibilitatea proprietarului de a se libera de obligațiile *propter rem*, oricare ar fi scopul în vederea căruia au fost instituite, cu diferența că, în lipsa unei prevederi legale contrare, această liberare nu poate avea efect retroactiv, vechiul titular fiind în continuare ținut de obligațiile devenite scadente anterior abandonului.

Același raționament este valabil în cazul tuturor servituților administrative, indiferent că obiectul acestora constă într-o abstențiune, în datoria de a suporta folosința concurentă a administrației sau în obligația de a face. O observație se impune, totuși. Dacă proprietarul fondului afectat de o servitute administrativă este liberat de respectiva obligație o dată cu abandonul unilateral al proprietății sale, în principiu imobilul va suporta în continuare sarcina impusă de lege, indiferent în mâinile cui ar ajunge: unitatea administrativ-teritorială, în baza art. 553 al. 2 teza a II-a N.C.civ. sau un terț uzucapant. Legea instituie servituțiile administrative interesându-se prea puțin de natura dreptului asupra imobilului ori de titularul său; interesul urmărit este asigurarea funcționării serviciului public reglementat. Dacă interesul public pretinde ca imobilul în cauză să suporte o restricție în modul său de utilizare sau să permită acte de folosință din partea administrației ori a concesionarului serviciului public, acestea vor fi obținute, indiferent de titularul proprietății și de mecanismul juridic specific (servitute administrativă asupra bunurilor aflate în proprietate privată, respectiv actul de afectare a bunurilor proprietate publică). Textul art. 553 al. 2 teza a II-a N.C.civ. stabilește expres regula că imobilul abandonat trece în proprietatea privată a unității administrativ-teritoriale, ceea ce permite în afara oricărui dubiu menținerea servituții de utilitate publică. Sub vechea reglementare, mai puțin edificatoare sub acest aspect, soluția era identică, cu diferența că bunul intra în domeniul privat al statului, și nu al unității administrativ-teritoriale.

Concluzia care se poate deduce din cele ce preced este că abandonul fondului aservit nu este exclus ca mijloc de liberare a proprietarului de sarcinile impuse de servituțiile administrative, chiar de cele *in faciendo*. Spre deosebire de servituțiile de drept privat însă, în cazul servituților administrative, abandonul fondului nu se mulează pe mecanismul art. 766 N.C.civ. și nu produce efectele acestuia. Admisibilitatea liberării proprietarului prin abandon este urmarea caracterului real al dreptului de proprietate și al obligației și nu se poate produce decât de la momentul pierderii calității (de proprietar) în considerarea căreia este ținut de aceasta. Superioritatea interesului public nu permite liberarea cu efect retroactiv,

spre deosebire de art. 766 N.C.civ., unde este protejată în primul rând în principiul său proprietatea deplină și exclusivă. Tehnic însă, servitutea administrativă nu se stinge ca urmare a abandonului fondului, ea continuând să limiteze folosința imobilului, indiferent de cine ar fi exercitată. Aici, servitutea administrativă își manifestă caracterul de serviciu funciar stabilit de lege. Abandonul proprietății, deși îl liberează pe autor de sarcinile reale legale, nu este eficient în a libera imobilul de servitutea administrativă. Exercițiul proprietății asupra acestuia va fi în continuare trunchiat, atâta vreme cât interesul public o cere.

f) Inadmisibilitatea servituților civile *in faciendo* este adesea invocată ca elementul decisiv de departajare a acestora de servituțiile administrative.

În concepția clasică asupra servituțiilor, acestea nu pot avea ca obiect o obligație cu privire la o prestație pozitivă în sarcina proprietarului fondului aservit. Servitutea este un drept real dezmembrământ al proprietății, între ele neexistând decât o diferență graduală, de la parte la întreg. Partea nu poate avea ceea ce întregul nu are. Proprietatea are un caracter absolut, nu comportă un debitor, titularul său putând pretinde tuturor celorlalți subiecți de drept o abstențiune respectuoasă față de orice comportament care i-ar tulbura exercițiul liber al dreptului său, dar nu și o anumită prestație de a face ceva în favoarea sa. Fiind o putere directă și imediată asupra lucrului, la fel ca proprietatea, dar dezmembrată din aceasta, servitutea nu poate admite nici ea existența unui debitor. Aceasta presupune doar un raport între fonduri – cel dominant și cel aservit -, proprietarul celui din urmă fiind un simplu terț, căruia i se impune să permită, să suporte actele de folosință ale altuia asupra fondului său (în cazul servituțiilor pozitive) sau doar să se abțină de la anumite acte de folosință asupra bunului său (în cazul servituțiilor negative).

O breșă survine totuși în solida construcție clasică a servituției, amenințând să pună în discuție natura acesteia de raport strict funciar, de putere imediată și directă asupra unui lucru: textul art. 698 C.civ. fr. (art. 631 C.civ. rom. 1865, respectiv art. 765 al. 1 N.C.civ.) permite ca, prin actul constitutiv de servitute, să se stabilească în sarcina proprietarului fondului aservit obligația de a efectua lucrările necesare exercitării și conservării servituției. Instituirea posibilității proprietarului de a se libera de aceste obligații prin abandonul fondului impune calificarea acesteia ca obligație reală, datorată în considerarea calității de proprietar al imobilului supus servituției. Însă natura obligației reale și raporturile acesteia cu noțiunea de servitute sunt departe de a fi clarificate⁸⁶. Pentru a salva rigoarea sistemului propus și inclusiv caracterul absolut al prohibiției servituțiilor *in faciendo*, adepții teoriei clasice susțin că obligațiile reale datorate de proprietarul fondului aservit nu reprezintă decât *accesoriul* servituției, concept care asigură păstrarea unei

distanțe de siguranță între cele două noțiuni, „ca la instituirea carantinei în rândul unei populații, pentru limitarea pericolului de epidemie”⁸⁷.

Contestarea distincției clasice între drepturile reale și creanțe prin tezele personaliste și apoi reaşezarea ei pe noi planuri prin imprimarea unei coloraturi personale dreptului real de teoriile neo-personaliste nu mai păstrează tradiționala respingere a servituții *in faciendo*. În aceste viziuni, art. 686 C.civ. fr. (și echivalentul lui autohton, art. 620 al. 1 C.civ. rom. 1865⁸⁸) este interpretat în sensul că nu interzice în mod absolut instituirea de servituți *in faciendo*, ci doar impune ca prestațiile pozitive să aibă un raport direct și imediat cu folosința și exploatarea fondului dominant și să fie datorate în considerarea calității debitorului de proprietar al fondului aservit.

În N.C.civ., controversata dispoziție din art. 620 al. 1 C.civ. 1864 nu se mai regăsește. Mai mult, posibilitatea stabilirii de obligații pozitive în sarcina proprietarului fondului aservit nu se mai deduce doar dintr-o interpretare *per a contrario* a unui text care afirmă caracterul supletiv al regulii conform căreia lucrările necesare exercițiului și conservării servituții sunt în sarcina titularului acesteia⁸⁹, ci este prevăzută expres în lege, în art. 759 N.C.civ.⁹⁰. Formula textului, originală în raport cu sursele de inspirație ale noii reglementări, în special prin lipsa mențiunii caracterului accesoriu al acestor obligații în raport cu servitutea⁹¹, alături de eliminarea prohibiției din vechiul art. 620 C.civ. 1864, sunt de natură să alimenteze controversele privind problema admisibilității servituților civile *in faciendo*. Totuși, putem remarca un indiciu contrar cel puțin calificării acestora ca servituți, livrat de al. 2 al art. 759, în care ni se spune că asemenea obligații sunt supuse *notării* în cartea funciară; or, servitutea – drept real imobiliar face obiectul unui alt tip de înscriere – *intabularea*.

Așa cum am arătat încă de la început, nu ne propunem în cadrul acestui studiu rezolvarea problemei naturii servituților civile; menționăm doar că viziunea noastră se apropie mai mult de cea clasică. Scopul scurtului nostru demers în această chestiune a fost acela de a semnala faptul că admisibilitatea/inadmisibilitatea servituții civile *in faciendo* este ea însăși rezultatul unei discuții asupra unor aspecte ce țin de esența drepturilor reale. O eventuală raportare a servituților administrative la servituțiile civile având ca pivot problematica amintită nu poate ignora complexitatea celor din urmă.

În acest context, devine evident că importanța criteriului admisibilității servituților *in faciendo*, pentru diferențierea netă a celor două categorii de servituți, se manifestă numai în prezența unei concepții tradiționale asupra servituților civile.

Lipsa fondului dominant, ca element structural al raportului generat de servitute, în cazul sarcinilor administrative impuse proprietății private, dublată de principiul prevalenței interesului public exclud orice incompatibilitate de principiu

între servitutea administrativă și obligația de a face, atâta vreme cât aceasta din urmă este stabilită în sarcina proprietarului fondului aservit privit în această calitate a sa, de titular al dreptului real respectiv. Legea poate institui așadar obligații reale pozitive în sarcina particularilor în vederea prezervării unui interes public. Cu siguranță că, în edictarea unei asemenea reguli, legiuitorul va trebui să respecte un principiu al minimei atingeri aduse libertății individuale.

Dacă verificăm stufoasa legislație în domeniu, putem observa că rareori legiuitorul impune particularilor, în interes public, obligații de a face. Satisfacerea interesului public prin prestații pozitive este apanajul activității autorităților administrative⁹². În societatea actuală, particularului îi revine obligația de a achita impozitele și taxele instituite în aceste scopuri⁹³, unele dintre ele având chiar caracter *propter rem*.

Mai mult, dintre puținele exemple de obligații de a face impuse proprietarilor particulari în interes public pe care le-am putut identifica în legislația românească analizată, rămâne de stabilit care reprezintă prin ele însele obiectul servituții administrative și care nu sunt altceva decât fie accesorii ale unei servituți *in patiendo*, fie obligații de reparare în natură a încălcării unei servituți negative. Vor fi veritabile sarcini administrative de a face doar cele în cazul cărora interesul public vizat este satisfăcut numai prin îndeplinirea (și) de către particular a unor prestații pozitive.

Domeniul lor se dovedește destul de restrâns: ele pot fi justificate fie în considerarea interesului public de a conserva anumite bunuri aflate în proprietatea privată, ceea ce le imprimă acestora un regim special, fie de acele servicii publice a căror bună funcționare depinde de comportamentul activ al particularilor.

Intră în prima categorie obligațiile proprietarilor și titularilor de alte drepturi reale asupra muzeelor și colecțiilor publice de a realiza documentarea, evidența și, după caz, clasarea bunurilor care fac obiectul patrimoniului muzeal, de a le pune în valoare, de a asigura paza muzeului sau a colecțiilor publice și dotarea acestora cu sisteme de protecție eficiente, prevăzute de art. 11 Legea nr. 311/2003 a muzeelor și colecțiilor publice. Aceleași rațiuni justifică și obligațiile pozitive impuse proprietarilor de imobile clasate ca monumente istorice. Astfel, art. 36 din Legea nr. 422/2001⁹⁴ privind protejarea monumentelor istorice prevede în sarcina proprietarilor și celor care au un drept de administrare sau alt drept real asupra monumentelor istorice, alături de o serie de prohibiții și obligații *in patiendo*, obligația de a întreține imobilul, de a asigura paza, integritatea și protecția acestuia, de a lua măsuri pentru prevenirea și stingerea incendiilor, de a asigura efectuarea lucrărilor de conservare, consolidare, restaurare, reparații curente și de întreținere a acestuia. Art. 55 al. 1 lit. b stabilește că nerespectarea acestor obligații constituie contravenție. Suprapunerea scopului acestor obligații reale de a face cu cel al

unora dintre taxele și impozitele locale se probează și prin aceea că obligația particularilor de a contribui prin îndeplinirea unor obligații de reale de a face conduce logic la reducerea îndatoririlor fiscale ale acestora, în cazul în care nu folosesc imobilul în vederea obținerii de profit. În acest sens, art. 41 din același act normativ stabilește scutiri și reduceri la plata impozitelor pe clădiri, a impozitului pe terenul de sub clădiri, respectiv pe terenul aferent clădirilor monumente istorice, a taxelor de dobândire prin succesiune, în cazul în care succesorul efectuează, în termen de 12 luni, lucrări de consolidare și restaurare a monumentului astfel dobândit.

Din cea de-a doua categorie fac parte obligațiile stabilite în sarcina particularilor proprietari de imobile sau, uneori, chiar chiriașilor acestora, de art. 10 din O.G. nr. 21/2002 privind gospodărirea localităților rurale și urbane⁹⁵ aprobată prin Legea nr. 515/2002, în vederea asigurării și păstrării curățeniei și a ordinii pe teritoriul localităților, a bunei gospodării a acestora și a respectării normelor de igienă. Pot fi aici amintite obligația de a întreține și a curăța locuințele, anexele acestora, curțile și împrejurimile (lit. a), de a curăța, de a tencui și a zugrăvi periodic fațadele clădirilor cu front la stradă (lit. b), de a finaliza construcțiile începute și autorizate (lit. c), de a repara și întreține instalațiile aferente imobilelor (lit. d), de a îndepărta zăpada și gheața de pe trotuarele din dreptul imobilelor (lit. f), de a curăța și întreține șanțurile, rigolele și podețurile aferente proprietății (lit. k). Trebuie să remarcăm că această reglementare, împreună cu hotărârile de consiliu local emise în aplicarea ei, prin care se instituie sancționarea contravențională a încălcării unora dintre aceste obligații, nu fac altceva decât să ridice la rangul de sarcini administrative raporturile firești dintre membrii unei comunități rurale sau urbane. Prin urmare, acestora le lipsește caracterul de sarcină exorbitantă impusă particularilor, specific servituților administrative. Substanțial, vorbim de obligații care au o sursă mai degrabă privată, a căror neîndeplinire a ajuns să fie sancționată de autoritățile administrative prin mecanisme specifice.

Nu pot fi, în schimb, calificate servituți administrative *in faciendo* acele obligații pozitive prevăzute în vederea asigurării respectării unei servituți *in patiendo* sau *in non faciendo*, ori pur și simplu a unei reguli impuse utilizatorilor unui serviciu public. De pildă, obligația de a curăța mijloacele de transport la ieșirea pe drumul public, prevăzută de art. 10 lit. j din O.G. nr. 21/2002, are rolul de a preveni încălcarea unei obligații negative – de a nu cauza murdărirea excesivă a drumului public, fără a constitui în sine o servitute având ca obiect o prestație pozitivă.

Concluzii

Legislația în domeniul servituțiilor administrative este departe de a fi un tărâm al rigorii juridice. Restrângerile prerogativelor proprietarului și caracterul real al sarcinilor astfel stabilite sugerează apropierea de servituțiile civile. Mai precis analizarea prin raportare la acestea. Regimul juridic al servituțiilor administrative trebuie însă să aibă drept coordonate două elemente esențiale: sursa legală, iar nu convențională și utilitatea publică sau interesul public, ca pilon de susținere în plan substanțial. Rezultă astfel reguli în aparență complet opuse celor din dreptul civil, care pledează pentru o separare substanțială netă a celor două instituții. La o analiză atentă însă, impactul lor asupra esenței servituțiilor administrative este în general mult atenuat. Pe de o parte, întrucât însuși regimul servituției civile luate ca reper este uneori departe de a fi în afara discuției, iar pe de alta, deoarece elementul de diferență al servituției administrative se dovedește uneori fie prea puțin semnificativ calitativ sau cantitativ, fie în realitate rezultatul unei transpuneri, *mutatis mutandis*, din regimul servituției civile.

Servitutea administrativă apare astfel din perspectivă civilă ca un mecanism anomal de știrbire legală a liberului exercițiu al proprietății, ale cărui resorturi concrete trebuie întotdeauna cercetate, iar din cea administrativă ca un mijloc pragmatic de realizare a utilității publice.

¹ This work was supported by CNC SIS - UEFISCSU, project number PNII – IDEI 921/2009, code 2432/2008.

* Avocat, Baroul Cluj doctorand la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; adinabuciuman@yahoo.com.

² B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éd. Panthéon Assas, Paris, 2003, *passim*.

³ Există însă lucrări ample dedicate (aproape) exclusiv unui asemenea demers. Pentru dreptul francez, M. Prieur, G.-C. Henriot, *Servitudes de droit public et de droit privé*, 4^e éd., Éditions du Moniteur, Paris, 1979, precum și G. Liet-Veaux, *Servitudes administratives. Grandes catégories*, Jurisclasseur Notarial Répertoire, *Servitudes: fasc.61, 3, 2011*. Pentru dreptul nostru, L.-M. Crăciunean, *Limitele dreptului de proprietate privată imobiliară*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, *idem.*, *Aspecte privind regimul juridic al servituțiilor de utilitate publică*, Pandectele Române nr. 6/2008, p. 49.

- ⁴ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. II, vol. 2, *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, Paris, 1994, §1391-4, p. 160.
- ⁵ De pildă, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, (dir. J. Ghestin), *Traité de droit civil. Les biens*, L.G.D.J., Paris, 2000, §388 și urm., p. 389 și urm., Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 2, *Droit administratif des biens*, 12^e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, §467-469, p. 235-238 (care distinge între servituți administrative în sens strict și servituți de interes general sau servituți *lato sensu*).
- ⁶ Pornind de la civilisții Aubry și Rau (*Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. II, §193 și t. III, §239), ideea a fost preluată și dezvoltată și în lucrări de drept administrativ. A se vedea, de pildă Y. Gaudemet, *op. cit., loc. cit. supra*, precum și doctrina citată de P. Subra de Bieusses, în *Les servitudes administratives*, Berger-Levrault, Paris, 1976, p. 264.
- ⁷ P. Subra de Bieusses, *op. cit.*, p. 336.
- ⁸ În acest sens, a se vedea *ibidem*, p. 324-353.
- ⁹ Cass. civ., 1^{re}, 30 apr. 1963, disp. la www.legifrance.gouv.fr
- ¹⁰ Cass. civ., 1^{re}, 8 mai 1963, disp. la www.legifrance.gouv.fr
- ¹¹ În același sens, G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Les biens*, Dalloz, Paris, 1995, §144-1, p. 202.
- ¹² A căror existență este prevăzută principial în art. 76-78 din O.G. nr. 29/1997 privind Codul aerian civil, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 130/2000, republicată în temeiul art. III din aceeași lege în M. Of. nr. 45 din 26.01.2001, urmând ca stabilirea lor concretă să fie realizată prin acte emise de ministerele ce guvernează domeniile transporturilor, construcțiilor și turismului, respectiv apărarea națională.
- ¹³ Legea nr. 123/2012 a energiei electrice și a gazelor naturale publicată în M. Of. nr. 485 din 16.07.2012.
- ¹⁴ E vorba de dreptul de uz pentru asigurarea funcționării normale a capacității, pentru reviziile, reparațiile și intervențiile necesare, prevăzut de art. 12 al. 2 lit. b din Legea energiei electrice și a gazelor naturale.
- ¹⁵ O.U.G. nr. 12/1998 privind transportul pe căile ferate române și reorganizarea Societății Naționale a Căilor Ferate Române republicată în temeiul art. II din O.U.G. nr. 125/2003, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 128/2004, în M. Of. nr. 834 din 9.09.2004. De remarcat că textul prohibește plantarea de arbori care prin înălțimea lor ar putea împiedica vizibilitatea, dar nu stabilește nicăieri obligația de a tăia arborii care au crescut natural și care afectează vizibilitatea liniei și a semnalelor feroviare.
- ¹⁶ Legea nr. 139/2000 privind activitatea de meteorologie, republicată, în temeiul art. II din Legea nr. 426/2006, în M. Of. nr. 148 din 1.03.2007.
- ¹⁷ Unități productive, complexe comerciale, depozite angro, unități tip show-room, obiective turistice, cartiere rezidențiale, parcuri industriale sau alte obiective și/sau construcții unde se desfășoară activități economice.

- ¹⁸ O.G. nr. 43/1997 privind regimul drumurilor republicată în temeiul art. II din Legea nr. 82/1998, în M. Of. nr. 237 din 29.06.1998.
- ¹⁹ Legea nr. 311/2003 a muzeelor și a colecțiilor publice (republicată), M. Of. nr. 927 din 15 noiembrie 2006.
- ²⁰ O.U.G. nr. 79/2002 privind cadrul general de reglementare a comunicațiilor (aprobată cu modificări prin Legea nr. 591/2002), publicată în M. Of. nr. 457 din 27 iunie 2002. Denumit de legiuitor fie *drept de acces pe proprietăți*, fie *drept de folosință a imobilelor*, acesta este reglementat surprinzător de detaliat, fiind configurat atât în raporturile cu drepturile celorlalți furnizori de rețele de comunicații electronice, cu regulile de domeniialitate publică cu care ar putea interfera, dacă lucrările afectează bunuri supuse acestora, dar și (mai ales) cu proprietatea privată. Atenția neobișnuită a legiuitorului de a asigura imediata exercitare a acestui drept răspunde, credem, unei nevoi urgente caracteristică momentului de start al expansiunii rețelilor de telefonie mobilă, precum și de multiplicare a furnizorilor celorlalte servicii de comunicații electronice în România.
- ²¹ De pildă, L. Pop, M. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 249, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, (dir. J. Ghestin), *op. cit.*, §365, p. 369 (care le consacără, totuși, câteva pagini), C. Larroumet, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Droits réels principaux*, 3^e éd., Economica, Paris, 1997, § 821, p. 490 (care reține că nu suntem în prezența unor servituți propriu-zise, în principal datorită absenței unui fond dominant), J. Djoudi, *Servitudes*, Rép. civ. Dalloz, avril 2007, §58-60.
- ²² J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 169, Ch. Guettier, *Droit administratif des biens*, P.U.F., Paris, 2008, §332 și urm., p. 241 și urm., J. Dufau, *Le domaine public. Composition. Délimitation. Protection. Utilisation*, 5^e éd., Éd. Le Moniteur, Paris, 2001, §8, p. 232 și urm., L. Giurgiu, *Domeniul public*, Ed. Tehnică, București, 1997, p. 77 și urm.
- ²³ În lipsa unei dispoziții legale în acest sens, soluția a fost afirmată de jurisprudență. De pildă, Cass. civ. 3^e, 18 dec. 2002, Recueil Dalloz 2003. Somm. 2048, obs. N. Reboul-Maupin. Modul de exercitare, stabilit prin contract, este însă prescriptibil extinctiv.
- ²⁴ Ch. Guettier, *op. cit.*, §336, p. 243.
- ²⁵ A se vedea art. 766 NCC intitulat în mod nefericit „Exonerarea de răspundere”, respectiv art. 632 C.civ. 1865. La o analiză atentă, există o diferență nu doar de formulare între textele din cele două acte normative. În vreme ce vechiul cod civil statuează că această facultate de abandon este recunoscută proprietarului fondului aservit „în cazul chiar unde proprietarul fondului supus este însărcinat prin titlu a face cu cheltuiala sa lucrările trebuincioase pentru a se servi de servitute sau a o păstra” (subl. ns., A. B.), pentru a atrage atenția asupra acestei maniere exorbitante de stingere a unei *obligații in faciendo* (justificată de caracterul său real), textul similar din noua reglementare pare să se refere doar la situația (excepțională) în care aceste cheltuieli cad în sarcina proprietarului fondului aservit, ceea ce ridică întrebarea referitoare la posibilitatea stingerii servituții civile prin abandonul fondului aservit în favoarea proprietarului fondului dominant.

- ²⁶ J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, (dir. J. Ghestin), *op. cit.*, §365, p. 370.
- ²⁷ Înțeles în sensul său restrâns, ca regim aplicabil bunurilor proprietate publică, și nu în accepțiunea sa mai largă, adoptată de unii autori, ca ansamblu de reguli derogatorii de la dreptul comun (civil) justificate de prevalența interesului public față de cel privat.
- ²⁸ În sensul că servituțile administrative dispar o dată cu afectarea care le justifică, a se vedea N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, LexisNexis, Paris, 2011, §530, p. 215.
- ²⁹ Pentru discuții referitoare la condițiile de încetare a afectării, a se vedea Ov. Podaru, *Drept administrativ*. Vol. II. *Dreptul administrativ al bunurilor*, ed. Hamangiu, Paris, 2011, §47, p. 61-62.
- ³⁰ Situații precum cea referitoare la dreptul proprietarului expropriat de a obține retrocedarea imobilului dacă într-un anumit interval de timp lucrările nu au fost începute și nici nu a fost declarată din nou utilitatea publică (art. 35 din Legea nr. 33/1994 privind exproprierea pentru utilitate publică, republicată în M. Of. nr. 472 din 5 iulie 2011) nu contrazic ideea enunțată. În acest caz, încetarea utilității publice este rezultatul voinței exprese a legiuitorului, care, ținând seama de efectul dramatic pe care îl produce exproprierea asupra proprietății private, condiționează eficacitatea actului administrativ inițial prin care se declară utilitatea publică de demararea în termen de 1 an a lucrărilor vizate (declararea utilității publice fiind act administrativ sub condiție extintivă).
- ³¹ Lipsa actelor de exercitare a servituții poate fi o abstențiune voluntară a proprietarului fondului dominant sau chiar urmarea unei forțe majore. A se vedea, în acest sens, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti (dir. J. Ghestin), *op. cit.*, §351, p. 353 (și jurispr. cit. la nota 266).
- ³² Art. 602 și urm. NCC.
- ³³ Doctrina este unanimă în acest sens. Deși nu există un text legal care să stabilească această regulă, art. 617 al. 3 NCC declară imprescriptibil dreptul de trecere al locului înfundat.
- ³⁴ V. Stoica observă, de pildă, (în *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. 1, ed. Humanitas, București, 2004, §128, p. 250) că „într-un sens foarte general, se poate aprecia că menținerea echilibrului în relațiile de vecinătate este nu numai un interes privat, ci și un interes public”. Mai mult, în H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, §1389, p. 148, se observă că anumite limite impuse proprietății private clasate printre cele considerate de interes privat au fost totuși inspirate de interesul general, cum ar fi servitutea de scurgere a apelor; astfel, clasificarea în limite stabilite în interes public, respectiv în interes privat este mai degrabă artificială, cu atât mai mult cu cât se admite că particularii pot invoca încălcarea de către un alt proprietar a unei limite stabilite de lege în interes public pentru a obține repararea prejudiciului suferit pe această cale, evident dacă acest prejudiciu a fost cauzat în mod direct prin respectiva încălcare.
- ³⁵ Cf. art. 770 al. 1 lit. g NCC. Textul reprezintă o inovație față de reglementarea anterioară, care nu cunoștea acest motiv de stingere a servituțiilor civile.
- ³⁶ Legea apelor nr. 107/1996 publicată în M. Of. nr. 244 din 8.10.1996.

- ³⁷ Baraje și lacuri de acumulare cu anexele acestora, consolidări de maluri, faleze, centrale hidroelectrice, derivații de debite între cursuri de apă, lucrări de apărare împotriva inundațiilor, sisteme de alimentări cu apă și canalizări, inclusiv instalațiile de epurare cu anexele acestora, regularizări de râuri, stații și platforme hidrometeorologice, sisteme de îmbunătățiri funciare, corectarea torenților etc.
- ³⁸ Dificultățile de interpretare și aplicare a textelor vizate se reflectă și în jurisprudență. De pildă, C. Ap. Constanța, dec. civ. nr. 83/C/16.02.2009 (www.portal.just.ro) stabilește că „servitutea, în aceste situații, nu poate fi decât temporară. În cazul afectării permanente a bunurilor proprietatea particularilor, se aplică dispozițiile legale în materie de expropriere, iar nu cele privind instituirea unei servituți legale”. Concluzia este folosită pentru argumentarea stângace a respingerii cererii (de-a dreptul hilare) a proprietarului terenului afectat de trecerea unei conducte magistrale de alimentare cu apă de interes public județean de obligare a Consiliului Județean și a RAJAC Constanța la încheierea unui contract de concesiune, prin care reclamantul (devenit concedent, *sic!*) să fie despăgubit prin redevența lunară stabilită în sarcina pârâtului pentru prejudiciul suferit ca urmare a imposibilității sale de a obține autorizație de construire pe terenul respectiv.
- ³⁹ Pentru un studiu asupra valențelor tăcerii în dreptul administrativ, a se vedea Ov. Podaru, *Paradoxurile tăcerii: de la non-voință la act. Studiu de drept administrativ*, SUBB Jurisprudentia nr. 1/2003, p. 88.
- ⁴⁰ O soluție pragmatică la îndemâna proprietarului este aceea de a solicita administrației, atunci când situația de fapt sugerează dispariția utilității servituții, emiterea unui act care să declare încetarea utilității publice a lucrărilor și stingerea servituții menite să o deservească, având în vedere schimbarea împrejurărilor care au stat la baza stabilirii sale inițiale, un eventual refuz nejustificat fiind supus controlului instanței de contencios administrativ. Utilă pentru că impune administrației, respectiv instanței să se pronunțe asupra stingerii servituții, soluția practică nu este satisfăcătoare în plan teoretic, întrucât lasă nerezolvată problema determinării cauzei extinctive de servitute.
- ⁴¹ De pildă, schimbarea, în urma unui fenomen natural, a cursului unui râu situat la cotă mai înaltă face în mod evident inutile lucrările de derivație de debite realizate pentru aducțiunea apei în bazinul unui râu învecinat situat la o cotă mai joasă în vederea concentrării pe o secțiune a acestuia a căderii cursului de apă, în preajma unei hidrocentrale. Așadar, terenul proprietate privată pe care s-au efectuat aceste lucrări ar trebui să se vadă liberat de sarcinile aferente acestora, întrucât este în afara oricărui dubiu că, în lipsa cursului apei, nu se mai poate atinge scopul utilizării debitului acesteia la centrala hidroelectrică situată pe râul învecinat.
- ⁴² Nu va fi suficient, de exemplu, ca proprietarul terenului riveran pe care după inundațiile din 1977 a fost ridicat un dig înalt de protecție, să invoce faptul că în ultimii 40 de ani râul nu a mai depășit piciorul taluzului exterior al digului (cota fazei I de apărare, după codificarea hidrologică pentru zonele îndiguite ale cursurilor de apă), pentru a susține că a încetat sarcina ce îi impune suportarea digului și permiterea accesului agenților administrației în vederea întreținerii, verificării, amplasării de borne și efectuării de măsurători.

⁴³ Chiar și superficia, analizată uneori sub vechiul cod civil, în care nu avea consacrare legală, ca un drept de proprietate, este astăzi, în baza dispozițiilor art. 694 NCC, un drept temporar.

⁴⁴ Și, mai nou, și în lege (titlul III din cartea a III-a a Noului cod civil este intitulat *Dezmembrămintele dreptului de proprietate privată*).

⁴⁵ Pentru evoluția istorică a servituțiilor, a se vedea J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 346 și urm., H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2, *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 8^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, Paris, 1994, §1703, p. 424 și urm., É. Meiller, *La notion de servitude*, L.G.D.J., Paris, 2012, §109-227, p. 185-366.

⁴⁶ Nu intra în aceste categorii superficia, admisă pe cale pretoriană ca o excepție de la regula *superficies solo cedit*. În plus, natura ei juridică este în continuare discutabilă, deși acum beneficiază de o reglementare destul de detaliată (art. 693-702 NCC).

⁴⁷ Dacă avem în vedere, de pildă, principiul continuității serviciului public.

⁴⁸ J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *op. cit.*, §359-362, p. 360-366.

⁴⁹ Ch. Atias, *La mutabilité des servitudes conventionnelles*, RTDciv.1979.245.

⁵⁰ Cu atât mai mult sub imperiul Noului cod civil, care a eliminat în cuprinsul art. 768 referirea la titlul constitutiv de servitute din textul vechiului art. 635 C.civ. 1865 (*acela ce are un drept de servitute nu-l poate întrebuința decât după cuprinderea titlului său, fără a putea face nici în fondul supus servituții, nici în fondul pentru care servitutea este înființată, vreo schimbare împovărătoare celui dintâi fond* – subl. ns., A.B.).

⁵¹ Salutând promovarea regulii supraviețuirii servituții în cazul unei evoluții a utilității acesteia, dar atrăgând totodată atenția asupra efectelor nu întotdeauna în favoarea progresului pe care le-ar putea produce aplicarea sa prea largă, Ph. Jestaz (în *Prescription et possession en droit français des biens*, Recueil Dalloz 1984. chron. IV, p. 27 și urm.) prezintă cazul unui dezvoltator imobiliar, care, în plin Paris, a fost nevoit să construiască imobilul pe piloni, fără parter, întrucât parcela era grevată de o servitute de trecere spre Sena în favoarea imobilelor învecinate. La origine, servitutea a fost constituită pentru a permite Muschetarilor negri, stabiliți în apropiere, să își ducă la adăpat caii pe malul Senei. Muschetarii negri au fost între timp înlocuiți cu Garda republicană călare, care oricum avea cazărmile în altă parte a orașului. În plus, la ora actuală, nici oameni, nici animale nu mai beau apă din Sena. Totul ar fi pledat pentru inutilitatea servituții, dacă locuitorii imobilelor care au înlocuit stabilimentele muschetarilor nu ar fi continuat să folosească pasajul respectiv pentru că era o cale comodă spre promenada acum amenajată pe malul râului.

Trebuie deci găsită o cale pentru a distinge între o simplă evoluție a mijloacelor de realizare a utilității servituții inițiale și o schimbare totală a acestei utilități. Ar fi fost interesant de știut ce soluție ar fi pronunțat instanțele dacă speța ar fi ajuns pe masa lor (dezvoltatorul imobiliar în cauză nu a riscat însă). Credem că mutația servituții nu ar fi trebuit admisă: utilitatea inițială era legată de destinația fondurilor dominante, pe când cea corespunzând folosinței actuale furniza un surplus de comoditate, care, deși teoretic ar putea face obiectul unei servituți, nu avea nicio legătură scopul pentru care a fost constituită servitutea.

⁵² P. Subra de Bieusses, *op. cit.*, p. 345-353.

⁵³ Un exemplu edificator în acest sens îl reprezintă extraordinara evoluție și dezvoltare a dreptului urbanismului. Pentru a ilustra puterea sa acaparatoare, arătăm că necesitatea autorizației de construire este ridicată la rang de principiu: dreptul de a construi, atașat proprietății private asupra terenului, este, *de principiu*, subordonat autorizării. Pentru detalii, a se vedea Y. Jégouzo, *Les principes du droit de l'urbanisme*, în *Bien public, bien commun. Mélanges Étienne Fatôme*, Dalloz, Paris, 2011, p. 179 și urm.

⁵⁴ A se vedea B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, *op. cit.*, §890-891, p. 770-771, care, arătând că fiecare ordine juridică are, ca fiecare limbă, falșii săi prieteni, susține că trebuie să știm să admitem existența omonimelor juridice, fără ca aceasta să reprezinte dovada unei transpuneri de noțiuni dintr-un domeniu în altul, și nici a existenței unui drept universal. Două exemple sunt folosite în demonstrație: ordinea publică și cauza actului juridic.

În ce ne privește, nu credem că suntem în prezența unei simple coincidențe de limbaj. Și în dreptul civil, și în dreptul administrativ, ordinea publică reprezintă expresia superiorității intereselor comunității asupra interesului individual. La nivel de tehnică juridică, suntem însă în prezența a două noțiuni diferite: ordinea publică civilă, ca ansamblu abstract de reguli, se distinge de ordinea publică din dreptul administrativ, ca scop, finalitate concretă.

⁵⁵ Pentru detalii, a se vedea, de pildă, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, ed. Hamangiu, 2012, p. 314-315, L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II, *Contractul*, ed. Universul Juridic, București, 2009, §139-144, p. 368-382.

⁵⁶ B. Plessix, *op. cit.*, §891, p. 771.

⁵⁷ Pentru prezentarea detaliată și analiza acestor teorii, a se vedea J. Lemasurier, *Le droit de l'expropriation*, 3^e éd., Economica, Paris, 2005, p. 75-104. Pentru verificarea aplicabilității lor în materia servituților administrative, a se vedea O. Sachs, *Le contrôle de l'utilité publique des servitudes administratives*, Economica, Paris, 1984, p. 112-134.

⁵⁸ Din anii 70, în Franța.

⁵⁹ J. Lemasurier, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁰ A se vedea Legea nr. 255/2010 privind exproprierea pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local, publicată în M. Of. nr. 853 din 20 decembrie 2010. Pentru detalii, Ov. Podaru, *Drept administrativ*, vol. II, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Hamangiu, București, 2011, §158, p. 187.

⁶¹ Încălcarea servituții *in faciendo* presupune logic o abstențiune (sau o executare insuficientă ori defectuoasă), prin urmare, în mod normal, nu se pune problema reparării prin demolarea unor lucrări.

⁶² Pentru aspectele tehnice ale controlului jurisdicțional al respectării servituților administrative, a se vedea O. Sachs, *op. cit.*, *passim*, în spec. p. 134-161, Ov. Podaru, *Dreptul administrativ al bunurilor...*, *op. cit.*, §155-156, p. 182-185.

- ⁶³ A se vedea, de pildă, pentru obligația de a reface lucrările de canalizare impusă succesorului cu titlu particular al celui care le-a distrus: Cass. civ., 7 févr. 1949, Recueil Dalloz 1949.405, *note* Lenoan.
- ⁶⁴ Republicată în M. Of. nr. 933 din 13 octombrie 2004.
- ⁶⁵ În același sens s-a pronunțat, după unele ezitări, și jurisprudența franceză. A se vedea, de pildă, Cass. civ., 3^e, 23 juin 1971, J.C.P. 1972.II.16965, *Obs.* G. Goubeaux. Autorul comentariului susține că proprietarii lezați de încălcarea regulilor de urbanism ar putea obține, pe calea unei acțiuni civile, desființarea lucrărilor contrare și daune-interese, fie pe temeiul răspunderii pentru inconveniente anormale de vecinătate, fie printr-o acțiune personală vizând executarea în natură a unei obligații de a nu face (în considerarea jurisprudenței care admite aplicabilitatea art. 1143 C.civ. fr., echivalentul art. 1076 V.C.civ. rom. – referitor la executarea silită în natură a obligațiilor de a nu face – și în cazul obligațiilor legale).
- ⁶⁶ În funcție de efectele conferite de lege înscrierii în cartea funciară, servitutea se poate desființa automat ca urmare a ineficacității actului prin care a fost constituită – dacă înscrierea condiționează doar opozabilitatea față de terți (sub regimul Legii nr. 7/1996) – sau prin radierea sa din cartea funciară, în sistemul caracterizat prin efectul atributiv de drepturi al înscrierii (de pildă, cel instituit de N.C.civ., dar și, cu ceva timp în urmă, de Decretul-Lege nr. 115/1938).
- ⁶⁷ Intră în această categorie, de exemplu: servituțile de aeronautică civilă stabilite în principiu de art. 76 din Codul aerian civil, în scopul asigurării siguranței zborului, care se vor constitui „în conformitate cu reglementările specifice emise de Ministerul Transporturilor...”, precum și marea majoritate a servituțiilor de urbanism.
- ⁶⁸ Astfel, sunt servituți stabilite prin lege, de pildă restricțiile cu privire la amplasarea de construcții sau lucrări chiar temporare, impuse proprietarilor de terenuri situate în zona de protecție a infrastructurii feroviare prin art. 30 din O.U.G. nr. 12/1998 privind transportul pe căile ferate române și reorganizarea Societății Naționale a Căilor Ferate Române, interdicția de a executa instalații supraterane, de irigații și de a planta culturi forestiere sau culturi agricole înalte în zonele de protecție absolută, reprezentând fâșia de 30 m lățime în jurul platformelor meteorologice, prevăzute în art. 18 din Legea nr. 139/2000 privind activitatea de meteorologie etc.
- ⁶⁹ A se vedea, de exemplu, M. Piquemal, *Droit des servitudes administratives. Les servitudes traditionnelles*, Berger-Levrault, Paris, 1967, p. 52 și urm., J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti (dir. J. Ghestin), *op. cit.*, §395, p. 395, O. Ungureanu, C. Munteanu, *Tratat de drept civil...*, *op. cit.*, §597, p. 576, *idem*, *Despre servituțiile administrative*, *op. cit.*, p. 140.
- ⁷⁰ A se vedea și P. Subra de Bieusses, *op. cit.*, p. 127-130.
- ⁷¹ Codul francez al urbanismului prevede că proprietarul unui teren construit sau neconstruit pe care planul de ocupare al solului îl rezervă unei lucrări publice, unui drum public, unei instalații de interes general sau unui spațiu verde, poate solicita ca unitatea administrativ-teritorială sau cel care prestează serviciul public să îi cumpere terenul. Pentru detalii, a se vedea H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, §1391-4, p. 160 (text și n. 9), unde ipoteza este considerată un exercițiu al dreptului de delăsare a imobilului afectat de o servitute administrativă.

⁷² Pe lângă creșterea inevitabilă a valorii de piață a terenului său...

⁷³ Pentru detalii, a se vedea, E. Méiller, *op. cit., passim*.

⁷⁴ Art. 699 C.civ. fr. Situația este reglementată similar în art. 632 C.civ. român din 1864, art. 1070 C.civ. italian, 1185 C.civ. Québec, precum și în art. 766 C.civ. român din 2009.

⁷⁵ Facem mereu referire la dreptul francez, în cercetarea influențelor istorice asupra instituțiilor dreptului nostru civil, întrucât, pentru acesta, adoptarea Codului civil din 1864 reprezintă un punct de fracțiune față de regimul tradițional românesc anterior, prin noua reglementare a lui Cuza adoptându-se în cea mai mare parte, așa cum este deja cunoscut, sistemul Codului Napoleon cu plusurile și minusurile sale. În aceste condiții, existența unei instituții similare în legiurile române anterioare Codului civil din 1864 își reduce importanța, pentru interpretarea dreptului român actual, la aceea a unei simple coincidențe.

Menționăm deci, doar cu titlu de informare, referitor la problema care ne interesează, că și Codul Callimach (al Moldovei) din 1817 recunoștea proprietarului fondului supus sau șerbitor, în art. 631 (inspirat din art. 483 C.civ. austriac din 1811), facultatea de a se libera de sarcina cheltuielilor, lăsând fondul aservit la dispoziția proprietarului fondului dominant (a se vedea D. Alexandrescu, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, ed. a II-a, vol. III, p. I, Atelierele grafice Socec & Co, București, 1909, p. 832).

⁷⁶ Pentru evoluția rentelor funciare în dreptul medieval și în Vechiul Drept francez, a se vedea J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, în spec. §299-300, p. 392-397.

⁷⁷ Pentru discuții detaliate pe această temă, a se vedea B. Boubli, *La fonction libératoire du déguerpissement*, J.C.P. La Semaine Juridique 1973.I.Doctr.2518.

⁷⁸ A. Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels: le déguerpissement en droit civil français*, RTDciv. 1928.261, Y. Seillan, *L'acte abdicatif*, RTDciv. 1966.288.

⁷⁹ A se vedea, de exemplu, Amiens, 1^{re} Ch., 18 mars 1969, Sté civ. immob. „Le Quartier des Ducs” c. Sté civ. immob. „Liancourt-Hugo”, J.C.P. La Semaine Juridique, 1969.II Jurispr. 16045, *Obs.* G. Goubeaux.

⁸⁰ Același raționament este valabil în cazul reglementat de art. 663 al. 2 N.C.civ. – renunțarea coproprietarului la partea sa din dreptul de proprietate asupra despărțiturilor comune, în vederea liberării sale de obligația de a contribui la cheltuielile de întreținere și reparare a acestora.

⁸¹ În sistemul N.C.civ. al drepturilor reale imobiliare, guvernate de regula dobândirii prin înscrierea în cartea funciară, în lipsa unei prevederi legale contrare, dobândirea dreptului de proprietate de către proprietarul fondului dominant se va face prin înscrierea în cartea funciară, fapt care creează o ruptură în mecanismul juridic instituit de textul analizat. Astfel, proprietatea nu trece în mod automat în patrimoniul proprietarului fondului dominant la momentul radierii din cartea funciară a vechiului proprietar. Cel dintâi are posibilitatea de a cere înscrierea dreptului său, invocând legea cu titlu care justifică intabularea. Cererea de înscriere ar putea fi însă respinsă dacă un terț a cerut mai devreme înscrierea în baza uzucapiunii.

⁸² Pentru aceeași viziune restrictivă asupra aplicabilității art. 699 C.civ. fr. (din care au fost preluate textele similare din C.civ. român, atât cel din 1864, cât și cel din 2009), a se vedea B. Boubli, *op. cit., passim*, G. Goubeaux, *Obs.*, Amiens, 1^{re} Ch., 18 mars 1969, *loc. cit. supra*, J.C.P. La Semaine Juridique, 1969 II Jurispr. 16045.

⁸³ Considerăm că Hotărârea de Consiliu local, la care face referire art. 553 al. 2 teza a II-a N.C.civ., nu are decât un efect declarativ, prin care imobilul este evidențiat printre bunurile din domeniul privat al unității administrativ-teritoriale, în baza ei putându-se cere înscrierea dreptului în cartea funciară a imobilului. În plus, însăși înscrierea la care se referă art. 889 al. 2 nu are efect constitutiv, ea fiind însă necesară pentru a permite titularului să dispună juridic de bun, respectiv pentru a împiedica terțul care are posesia utilă și suficient de îndelungată să își înscrie dreptul mai înainte, în baza uzucapiunii (art. 889 al. 2 teza a II-a N.C.civ.).

⁸⁴ G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *op. cit.*, §162, p. 222-223, G. Goubeaux, *Obs.*, Amiens, 1^{re} Ch., 18 mars 1969, *loc. cit. supra*, J.C.P. La Semaine Juridique, 1969 II Jurispr. 16045, *Contra*, a se vedea B. Boubli, *op. cit.*, §29 și urm.

⁸⁵ Trebuie observat că valoarea materială a lucrărilor vizate de obligațiile reale impuse proprietarului fondului aservit poate fi mult peste valoarea de piață a părții din fond pe care se exercită servitutea. Acest fapt nu schimbă însă concluzia. Respectiv cele obligații reale rămân a fi considerate accesorii servituții atâta vreme cât nerespectarea lor nu aduce atingere existenței servituții, ci doar exercițiului său, indiferent dacă acestea implică costuri mai mari decât valoarea terenului asupra căruia ele urmează a se efectua. Iar abandonul fondului către titularul servituții are efect liberator cu privire la acestea în întregime, întrucât, indiferent că servitutea e văzută ca un dezmembrământ al proprietății, ca serviciu funciar constând într-o afecțaiune concretă impusă fondului sau ca aspect activ al unei obligații reale datorate în considerarea calității de proprietar al fondului aservit, existența ei este justificată de utilitatea procurată fondului dominant prin sarcina impusă fondului aservit, atâta vreme cât cele două fonduri aflate într-un raport de proximitate au proprietari diferiți. Legea dă posibilitatea proprietarului fondului aservit, prin abandonul instituit de art. 766 N.C.civ. (respectiv de textele similare din reglementarea anterioară) de a oferi proprietarului fondului dominant maximul pe care natura reală a raporturilor juridice dintre ei o permite: proprietatea asupra fondului său.

De unde putem deduce că stipularea unei obligații personale în sarcina constitutorului servituții ar putea fi uneori mult mai avantajoasă pentru proprietarul fondului dominant decât recursul la obligația cu caracter real.

⁸⁶ Pentru o sinteză a multiplelor încercări de teoretizare a obligațiilor reale, în vederea determinării naturii juridice a servituții, precum și a definirii drepturilor reale și a drepturilor de creanță, a se vedea, de pildă, J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, (dir. J. Ghestin), *op. cit.*, §318-326, p. 321-330.

⁸⁷ E. Méiller, *op. cit.*, §31, p. 52.

⁸⁸ Art. 620 al. 1 C.civ. rom. 1864 prevedea „*Este iertat proprietarilor a stabili pe proprietățile lor, sau în folosul proprietăților lor, orice servitute vor găsi de cuviință, pe cât timp aceste servituți nu vor impune persoanei proprietarului fondului servient obligația unui fapt personal, și pe cât aceste servituți nu vor fi contrarii ordinii publice*”.

⁸⁹ De altfel, nici această regulă nu este enunțată în noua reglementare, întrucât art. 765 al. 2 N.C.civ. stabilește că *cheltuielile legate de conservarea acestor lucrări revin celor 2 proprietari, proporțional cu avantajele pe care le obțin, în măsura în care lucrările efectuate pentru exercițiul servituții sunt necesare și profită inclusiv fondului aservit*. O interpretare literală ne

conduce rapid la o soluție pragmatică în sensul în care lucrările necesare exercițiului servituții, la momentul inițial al acestuia, sunt în sarcina proprietarului fondului dominant (de pildă, amenajarea drumului de acces, în cazul servituții de trecere), iar, în cazul în care acestea sunt folosite și de proprietarul fondului aservit, acesta din urmă va contribui proporțional la cheltuielile de întreținere și conservare a lucrărilor inițiale. Încercarea de teoretizare, de evadare din cazuistică, nu este la fel de facilă. Fiind, prin definiție, stabilită în favoarea fondului dominant și în sarcina celui aservit, servitutea profită primului, fără a procura avantaje celui de-al doilea, prin urmare, regula ar fi în continuare cea a suportării cheltuielilor de către cel dintâi. Însă, servituțile *in patiendo* (cele în vederea exercițiului cărora poate fi necesară efectuarea anumitor lucrări) presupun o punere în comun a unei anumite utilități a fondului aservit, un exercițiu concurent al unor prerogative asupra acestuia, ceea ce ar putea pleda în favoarea valorii principiale a suportării proporționale a cheltuielilor de conservare a lucrărilor.

⁹⁰ Astfel, art. 759 N.C.civ. stabilește că „(1) Prin actul de constituire se pot impune în sarcina proprietarului fondului aservit anumite obligații pentru asigurarea uzului și utilității fondului dominant. (2) În acest caz, sub condiția notării în cartea funciară, obligația se transmite dobânditorilor subsecvenți ai fondului aservit”.

⁹¹ Atât Codul civil italian (art. 1030 *Prestazioni accessorie - Il proprietario del fondo servente non e tenuto a compiere alcun atto per rendere possibile l'esercizio della servitù da parte del titolare, salvo che la legge o il titolo disponga altrimenti*), cât și Codul civil al Quebecului (art. 1178 - *Une obligation de faire peut être rattachée à une servitude et imposée au propriétaire du fonds servant. Cette obligation est un accessoire de la servitude et ne peut être stipulée que pour le service ou l'exploitation de l'immeuble*), deși nu preiau prohibiția cuprinsă în art. 686 al. 1 C.civ. francez, subliniază caracterul accesoriu al obligației reale pozitive care poate fi stabilită în sarcina proprietarului fondului aservit. Textul din Codul civil român stabilește doar necesitatea ca obligația să fie legată de uzul sau de utilitatea fondului dominant (condiție care ar fi îndeplinită, de pildă, de obligația de a tunde periodic gazonul de pe terenul vecin, incompatibilă cu ideea de drept real asupra bunului altuia).

⁹² Care, la rândul lor, le îndeplinesc tot mai des astăzi prin intermediul unor întreprinderi particulare cu care încheie contracte administrative în acest scop.

⁹³ J. Sévillia, în *Corectitudinea istorică*, Humanitas, București, 2005 (trad. A. Dumitru), p. 25, susține că muncile colective medievale, corvezile sau serviciile datorate nobilului de către proprietari sau deținători, liberi sau nu, reprezintă „o formă avant la lettre de contribuție locală”. Aceste servicii constau în întreținerea podurilor și a drumurilor, sau în curățirea șanțurilor – sarcini care revin azi administrației. Același autor arată că deja în sec. al XII-lea, comunitățile rurale plătesc pentru corvezi, căci este mult mai rentabil să folosească muncitori plătiți, decât să rechiziționeze țărani puțin motivați.

⁹⁴ Legea nr. 422/2001 privind protejarea monumentelor istorice, republicată în M. Of. nr. 938 din 20 noiembrie 2006.

⁹⁵ O.G. nr. 21/2002 privind gospodărirea localităților rurale și urbane, publicată în M. Of. nr. 86 din 1 februarie 2002, aprobată cu modificări de Legea nr. 515/2002 publicată în M. Of. nr. 578 din 5 august 2002.

ARTICOLE

SCURTE CONSIDERAȚII PRIVIND EXCEPȚIA DE NELEGALITATE ÎN LUMINA NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ ȘI A LEGII DE PUNERE ÎN APLICARE A ACESTUIA

Bogdan BUTA*

Abstract: *Short considerations regarding the objection of illegality with respect to the new Code of Civil Procedure and the law for the enforcement regarding the new Code. The present study aims to analyze the impact of the possible coming into force of the new Code of Civil Procedure and of the law of the enforcement regarding this new Code of Civil Procedure, with respect to the institution of administrative dispute, focusing on the objection of illegality. Following a review of the previous approaches of the objection of illegality in the Romanian regulation, the study shall highlight the upcoming changes, in the light of present doctrinal and jurisprudential controversies. Also, it shall present possible arguments in both directions as related to the compatibility of the changes with respect to the designated legal framework by entering into force of the above-mentioned laws.*

Keywords: objection of illegality, conflict of laws, new Code of Civil Procedure, constitutionality, unitary practice;

Cuvinte-cheie: excepția de nelegalitate, aplicare în timp a legii, Noul Cod de Procedură Civilă, constituționalitate, practică unitară.

1. Introducere

Motorul principal al eforturilor susținute privind adoptarea noilor Coduri a fost reprezentat în principal de angajamentele externe asumate de țara noastră în urma Raportului Comisiei Europene nr. 378¹ din 27 iunie 2007 prezentat Parlamentului European și Consiliului Uniunii Europene privind evoluția României după aderarea la structurile europene. În acest document, era invocată expres importanța finalizării procesului de adoptare a noului Cod de procedură civilă.

Subsecvent, prin Legea nr. 134/2010² a fost adoptat forma Noului Cod de procedură civilă. Potrivit art. 1133 din acest act normativ, acesta *va intra în vigoare la data la care va fi prevăzută în legea pentru punerea în aplicare a acestuia*. În acest sens, Guvernul a prezentat Parlamentului spre adoptare proiectul de lege privind legea pentru punere în aplicare a Codului de procedură civilă, fiind adoptată în acest sens Legea nr. 76/2012³.

În preambulul Legii nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010, se arată faptul că aceasta conține „*dispoziții pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, având ca obiect principal punerea de acord a legislației procesual civile existente cu prevederile acestuia, precum și soluționarea conflictului de legi rezultând din intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă.*” Totodată, s-a afirmat de către cei implicați în acest proces legislativ, referindu-se implicit și la legea de punere în aplicare, faptul că Noul Cod de procedură civilă, va conduce printre altele la „*unificarea practicii judiciare și asigurarea soluționării cu celeritate a cauzelor de către instanțele judecătorești*”⁴. Mai mult, prin legea nr.76/2012, nu au fost amendate doar dispozițiile din proiectul Noului Cod de procedură civilă, ci au fost aduse modificări esențiale și altor legi. Cu titlu de exemplu, prin art. 54 din Legea nr. 76/2012 se modifică unele dispoziții din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ⁵.

Lecturând expunerea de motive⁶ a Legii nr. 76/2012, deducem faptul că odată cu intrarea în vigoare a noul cod, o serie de legi și acte normative vor trebui revizuite pentru a deveni compatibile cu noua procedură. În acest sens, se precizează faptul că amendamentele propuse legilor speciale (printre care și Legea nr. 554/2004) au în vedere noua abordare a Legii nr. 134/2010, în special în ceea ce privește competența în materie civilă a instanțelor judecătorești, căile de atac și procedura de executare silită⁷, iar legea nr. 76/2012 reprezintă un prim demers în acest sens.

1.1 Contenciosul administrativ după 1 februarie 2013

Prezentul studiu analizează modul în care legea contenciosului administrativ este modificată de către legea nr. 76/2012, în special instituției excepției de nelegalitate, modificări care nu se circumscriu elementelor privind competența în materie civilă a instanțelor judecătorești, căile de atac și procedura de executare silită, și care în lipsa unor dispoziții tranzitorii exprese, pot prezenta unele dificultăți de interpretare și de aplicare. Mai mult vom încerca să aflăm dacă vechile controverse doctrinare și jurisprudențiale își vor găsi rezolvarea sau se vor amplifica.

2. Evoluția reglementărilor anterioare ale excepției de nelegalitate

Excepția de nelegalitate nu a fost consacrată expres de nicio lege a contenciosului administrativ până la momentul adoptării Legii nr. 554/2004⁸. Acest fapt nu a împiedicat doctrina și jurisprudența să îi recunoască însă existența.

2.1 Definiție și regim juridic

O definiție unanim acceptată de doctrină este cea a profesorului Tudor Drăganu, puternic influențat de concepția tradițională a perioadei interbelice⁹ care definea excepția de nelegalitate ca fiind „*un mijloc de apărare prin care, în cadrul unui proces pus în curgere pentru alte temeuri decât nevalabilitatea actului de drept administrativ, una din părți, aminințată să i se aplice un asemenea act ilegal, se apără invocând acest viciu și cere ca actul să nu fie luat în considerare la soluționarea speței*”¹⁰. Jurisprudența¹¹ Înaltei Curți de Casație și Justiție a relevat excepția de nelegalitate ca fiind atât un mijloc de apărare, cât și o cale indirectă de control al legalității actului administrativ.

Având în vedere faptul că în dreptul roman, „*exceptio*” desemna orice mijloc de apărare, în mod corect s-a afirmat faptul că excepția de nelegalitate trebuie delimitată de excepția procesuală, cele două având naturi juridice diferite¹². Importanța determinării naturii juridice a excepției de nelegalitate își va găsi utilitatea în secțiunea 4 a prezentului studiu. Confuziile¹³ apar în special în momentul în care e nevoie a se distinge între excepții procesuale de fond și apărări în fond. Deși este adevărat că această încercare de a delimita niște între aceste „*incidente procesuale*” este anevoioasă¹⁴, neexistând un text clar în actualul sau în viitorul Cod de procedură civilă care să facă lumină în această problematică, vom încerca să ajungem la o interpretare împărtășită și de doctrina majoritară.

Astfel, fără a intra în detalii doctrina a definit excepția procesuală ca „*fiind un mijloc prin care în condițiile legii, partea interesată, procurorul sau instanța din oficiu, invocă fără a pune în discuție fondul dreptului, neregularități procedurale (privitoare la compunerea sau constituirea instanței) sau lipsuri referitoare la dreptul material la acțiune, urmărind, după caz, declinarea competenței, amânarea judecării, refacerea unor acte, anularea ori respingerea cererii*”¹⁵. În funcție de obiectul asupra căruia poartă, această excepție procesuală se împarte în (a) excepție de procedură și (b) excepție de fond¹⁶. Dacă distincția între cele două este facilă, distincția între excepția procesuală de fond și apărarea în fond supune o atenție sporită.

Excepția procesuală de fond se referă la lipsuri ale dreptului material la acțiune, și anume la lipsa de interes, calitate sau capacitate procesuală¹⁷, pe când apărarea în fond „abordează însuși fondul dreptului”, „aparține în exclusivitate părâtului”, „este totdeauna posterioară momentului excepțiilor”, „vizează direct și exclusiv dreptul subiectiv ales și pretențiile fundamentate pe acel drept” și „nu presupune cu necesitate existența unui proces civil”, dar mai ales „poate fi valorificată în tot cursul judecării”¹⁸.

Pe baza argumentului construit mai sus, opinăm faptul că excepția de nelegalitate este o apărare în fond, și nu o excepție procesuală de procedură sau de fond.

2.2 Perioada interbelică

Prima referință legală privind dreptul instanțelor din România de a cenzura actele administrative apare în 1912, prin Legea privind reorganizarea Curții de Casație, care la art. 35 alineatul final, statua faptul că „tribunalele ordinare nu se pot pronunța asupra ilegalității unui act administrativ de autoritate, decât pe cale de excepție.” Acest text nu mai apare în legea contenciosului administrativ din 1925, însă profesorul Rarincescu considera în mod just faptul că¹⁹, acest drept de a cerceta pe cale de excepție legalitatea actelor administrative este în continuare recunoscut instanțelor de drept comun, în ciuda existenței unor instanțe specializate pentru contenciosul administrativ. În același sens opinau și profesorii Tarangul²⁰ și Negulescu²¹. Prin urmare, indiferent de natura litigiului (comercial, civil, penal), dacă se invoca excepția de nelegalitate, instanța în fața căreia se invoca, era competentă să o judece, și dacă excepția era admisă, actul administrativ era înlăturat din judecarea pricinii.

A existat o singură opinie contrară și izolată în doctrina acelei perioade, materializată într-un articol din „Pandectele Săptămânale” din 1940, la care profesorul Tarangul face referire²². Autorul aceluia articol invocă faptul că prin adoptarea Legii din 1925 a contenciosului administrativ, prin acordarea unei competențe exclusive Curților de Apel pentru a se pronunța pe cale acțiunii directe asupra legalității unor acte administrative, competența tribunalelor ordinare a fost suprimată implicit. Ca argument principal se invocă analogia cu sistemul francez, în ceea ce privește aceeași reglementare. Totodată, pentru prima dată se face referire la procedura care se impune, chiar și în lipsa unui text explicit, în urma lecturii Legii contenciosului administrativ din 1925, și anume, dacă excepția de nelegalitate a fost invocată în fața unei instanțe de drept comun, aceasta va suspenda cauza și va trimite excepția Curții de Apel²³, o soluție similară cu cea adoptată de legiuitorul român în 2004, și anterior prin Legea nr. 1/1967.

2.3 Perioada postbelică

Schimbările de natură politico-economice imediat după cel de-al doilea război mondial, au avut efect direct și asupra contenciosului administrativ. Infaibilitatea modului de conducere a țării nu putea fi pus la îndoială, prin urmare nici actele administrative nu puteau fi supuse unei cenzuri venite din partea cetățeanului²⁴, întrucât „pe măsura întăririi legalității și ridicării nivelului conștiinței socialiste, actele administrației de stat care nu ar fi în concordanță cu legea devin, în orice caz, din ce în ce mai rare”²⁵. Prin urmare, Legea din 1925 a contenciosului administrativ a fost abrogată prin Decretul nr. 128/1948. Totuși, în această perioadă excepția de ilegalitate (așa cum era numită, încă de la început) era general admisă²⁶, dezbaterile cu privire la admisibilitatea acesteia se păstra doar la nivel teoretic²⁷, întrucât instanțele din acea perioadă o considerau aplicabilă cu privire atât la actele cu caracter normativ, cât și cu privire la cele cu caracter individual.

Ulterior, în urma schimbării regimului și a Constituției din 1965, a fost adoptată legea nr. 1/1967 privind judecarea de către tribunale a cererilor celor vătămați în drepturile lor prin acte administrative ilegale²⁸. Prin această lege, se interzicea instanțelor să anuleze actele administrative cu caracter normativ, însă li se permitea să analizeze legalitatea acestora în raport cu legea superioară, în momentul în care erau investite cu o cerere de anulare a unui act administrativ cu caracter individual, emis în temeiul unui act administrativ normativ²⁹. Întrucât dispozițiile art. 17³⁰ și ale celorlalte articole din Legea nr. 1/1967 nu erau neechivoce, s-a susținut faptul că în acord cu abordarea tradițională, excepția de ilegalitate putea fi invocată în fața oricărei instanțe, care era și competentă să o judece³¹.

Însă, reputatul profesor Tudor Drăganu, în analiza sa referitoare la reglementarea excepției de nelegalitate, considera faptul că, deși putea fi invocată în fața oricărei instanțe, excepția de ilegalitate putea fi judecată doar de instanțele prevăzute la art. 2³² din Legea nr. 1/1967. Argumentul principal a fost faptul că în expunerea de motive a legii s-a urmărit ca întregul control al actelor administrative ilegale să revină instanțelor prevăzute la art. 2, dar și faptul că admitând interpretarea profesorului Ionașcu, art. 17 din Legea nr. 1/1967 ar fi devenit redundant³³.

2.4 Perioada postdecembristă

În urma adoptării Legii nr. 29/1990 a contenciosului administrativ³⁴, s-a admis că actul administrativ putea fi atacat pe calea acțiunii principale, și neexistând o dispoziție contrară, s-a admis în continuare posibilitatea de a invoca excepția de nelegalitate în fața instanțelor de drept comun, în baza principiului conform căruia judecătorul acțiunii este și judecătorul excepției³⁵, el fiind și competent să o soluționeze³⁶.

2.5 Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ

Pentru prima dată, art. 4 din această lege reglementa expres excepția de nelegalitate, prin care exista posibilitatea de a fi cercetată legalitatea unui act administrativ unilateral. Totodată, procedura judecării excepției în cazul în care nu era invocată în fața unei instanțe de contencios administrativ, prezenta o particularitate, prin faptul că litigiul se scinda, judecata fondului se suspenda, iar excepția de nelegalitate avea propriul său destin³⁷. În cazul admiterii excepției, judecata fondului se relua, dar cu înlăturarea dispozițiilor actului administrativ constatat ca fiind nelegal. Ulterior, acest articol a fost modificat prin Legea 262/2007³⁸ și mai apoi prin Legea 202/2010³⁹. Nu vom insista cu analiza actualei reglementări a acestei instituții, raportându-ne atunci când va fi necesar, la corelări între viitoarea și prezenta reglementare.

3. Art. 4 din legea 554/2004 după intrarea în vigoare a Legii nr. 76/2012

Prin viitoarea reglementare, procedura de judecare a excepției de nelegalitate este transformată radical. Au rămas neschimbate dispozițiile privitoare la condițiile de admisibilitate, finele de neprimire, modul prin care judecătorul poate să admită sau să respingă excepția și cele privitoare la efectele admiterii, în sensul înlăturării de la judecata pricinii a dispozițiilor constatate ca fiind nelegale⁴⁰.

3.1 Ce s-a schimbat?

Prin art. 54 din Legea nr. 76/2012, (i) instanța competentă să soluționeze excepția devine cea în fața căreia a fost ridicată, indiferent de natura litigiului (civil, penal, contencios), mecanismul scindării cauzei și trimiterii la instanța de contencios competentă dispăre; și (ii) nu se va putea ridica excepția decât cu privire la acte administrative cu caracter individual⁴¹, existând o dispoziție neechivocă la art. 4 alin. 4⁴² în acest sens. Să analizăm aceste modificări.

(i) Se revine astfel la soluția utilizată prima dată în perioada interbelică, în care instanța, indiferent de natura cauzei supusă judecării, era competentă să judece excepția de nelegalitate ridicată în fața sa. Profesorul Negulescu afirma la vremea sa faptul că: „*instanțele judecătorești ordinare nu se pot pronunța asupra ilegalității unui regulament pe cale de acțiune principală. Instanțele ordinare pot însă să se pronunțe asupra ilegalității unui act administrativ de autoritate și deci asupra unui regulament pe cale de excepție, adică ilegalitatea nu formează obiectul principal al procesului, ci ea se propune și se examinează în mod incidental.*”⁴³ Ca

argument suplimentar, se exemplifică cazul din procesele de natură penală, unde conform art. 385 alin. 9 Codul Penal, în vigoare la acea dată, „*judecătorul, examinând o contravețiune, nu va condamna decât dacă regulamentul e legal, iar art. 35 din Legea Curtei de Casație din 1912 dă dreptul tribunalelor ordinare de a se pronunța asupra ilegalității unui act administrativ de autoritate pe cale de excepție*”⁴⁴.

Se dă astfel satisfacție autorilor care au criticat mecanismul scindării procesului, în ipoteza în care excepția era invocată în fața unei alte instanțe decât cea de contencios administrativ. În urma legiferării art. 4 în 2004, s-a susținut că se realizează o *scindare artificială a cauzei în două cauze*⁴⁵, iar atribuirea unei competențe exclusive instanțelor în ceea ce privește judecarea excepției este „*criticabilă, întrucât soluționarea optimă a cauzei nu se poate realiza fără examinarea către același judecător a tuturor problemelor de fapt și de drept ridicate*”⁴⁶. Deși prin soluția adoptată de legiutor în 2004, s-a încercat stipularea unor termene foarte scurte, care să determine o accelerare a procesului de contencios administrativ⁴⁷, practica a demonstrat însă contrariul, acest mecanism ducând la o prelungire nejustificată a procesului. Într-un studiu recent⁴⁸, s-a argumentat în sensul posibilei neconstituționalități a noului art. 4 modificat prin Legea nr. 76/2012. S-a argumentat în principal faptul că din dispozițiile art. 126 alin. 6 din Constituția republicată, coroborate cu art. 2 pct. 1 lit. d) Cod procedură civilă și a dispozițiilor art. 2 alin. 1 lit g) din Legea 554/2004 a contenciosului administrativ, instanțelor de contencios administrativ li se conferă competența exclusivă în verificarea legalității actelor administrative, și implicit pe calea incidentală a excepției de nelegalitate. Rămâne de văzut dacă această interpretare va fi împărțită de Curtea Constituțională în ipoteza sesizării cu o excepție de neconstituționalitate.

(ii) Prin forma actuală a art. 4 alin. 1 coroborat cu alin. 4, se delimitează strict și expres, categoria de acte administrative care pot forma obiectul excepției de nelegalitate, doar la cele cu caracter individual. Soluție total opusă, abordării interbeliciei și postbelice, unde excepția era singurul refugiu al celui vătămat în drepturile sale de a ataca un act administrativ cu caracter normativ.

Dacă în reglementarea din perioada 2004-2007, actele administrative care puteau fi atacate pe calea excepției se limitau doar la a proveni ca o manifestare unilaterală de la organul eminent, după intervenția Legii nr. 262/2007, deși a existat un text expres care indica faptul că *legalitatea unui act administrativ unilateral cu caracter individual poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces*, Înalta Curte de Casație și Justiție, într-o Soluție de unificare a practicii judiciare adoptată în plenum judecătorilor Secției de contencios administrativ și fiscal⁴⁹, a statuat că pot fi cenzurate pe calea excepției atât actele cu caracter individual, cât și cele cu caracter normativ. Această soluție a fost adoptată și de către jurisprudență în ciuda textului din art. 4.

În actuala reglementare, la art. 4 alin. 1 textul legal a rămas neschimbat în ceea ce privește prima parte. Însă coroborarea cu dispozițiile art. 4 alin. 4⁵⁰, ne precizează expres faptul că actele administrative cu caracter normativ nu vor mai putea fi atacate pe calea excepției. Deși Înalta Curte de Casație și Justiție, a adoptat constant o atitudine de frondă în ceea ce privește dispozițiile art. 4, este greu de crezut că aceasta ar putea să găsească un argument mai puternic decât textul legal în vigoare, în sensul extinderii controlului actului administrativ cu caracter normativ și pe calea excepției. Aceasta deoarece, Curtea Constituțională, sesizată de către Plenul judecătorilor Secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a constatat faptul că art. 4 alin. 1 în forma sa în urma modificării aduse de Legea nr. 262/2007 este constituțional. Această concluzie a prevalat în ciuda unei argumentări extrem de pertinente a Înaltei Curți, prin invocarea printre altele, a jurisprudenței CEDO și a Curții de Justiție din Luxembourg⁵¹.

După cum spuneam, deși Curtea Constituțională a respins argumentele invocate de Înalta Curte de Casație și Justiție, aceasta din urmă, invocând art. 20 alin. 2 și art. 148 din Constituție, republicată, a decis să înlăture aplicarea dreptului național, în ceea ce privește art. 4 alin. 1 și să dea prioritate întregului sistem de norme și concepte ale dreptului european.

Își va menține Înalta Curte de Casație și Justiție această poziție și ulterior datei de 1 februarie 2013 și poate va aștepta ca cineva să uzeze de instituția Sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept introdusă prin Codul de procedură civilă⁵²? Sau va accepta noua poziție a legiuitorului vizavi de acest aspect? De menționat este faptul că, atacarea pe cale directă a actului administrativ cu caracter normativ și apoi invocarea cazului de suspendare de la art. 413 alin. 1 pct. 1⁵³ din Noul Cod de procedură civilă, nu este de natură, în opinia noastră, a satisface finalitatea excepției de nelegalitate și a drepturilor subiective ale părții ce înțelege să le invoce, dar mai ales nu poate fi o soluție în raport de scopul final al acestor modificări legislative raportat la celeritatea procesului. În plus ne putem imagina un scenariu hilar, în care, într-o cauză (indiferent de natura sa) aflată în faza recursului în fața Înaltei Curți de Casație și Justiție, se va cere suspendarea cauzei, întrucât o Hotărâre de Consiliu Local a fost atacată pe calea acțiunii directe la un tribunal de contencios administrativ competent, ajungându-se ca Înalta Curte de Casație și Justiție să decidă în baza unei decizii a unei curți inferioare.

4. Vor fi rezolvate controversele doctrinare și jurisprudențiale în noua reglementare?

Pentru a rezuma noul cadru juridic al excepției de nelegalitate, trebuie reamintit faptul că instanța în fața căreia se invocă excepția de nelegalitate este competentă să o și judece, nemaifiind nevoie să suspende cauza și să o trimită la instanța de contencios competentă. Totodată, cazurile în care excepția de nelegalitate a unui act administrativ poate fi invocată într-un litigiu de contencios devin foarte rare, prin limitarea la actele administrative cu caracter individual. Prin urmare, celelalte dispoziții cu caracter procesual ale Legii 554/2004, modificate de Legea 76/2012 nu prezintă interes practic, poate doar art. 28 alin. 1, care indică completarea legii contenciosului și cu Codul Civil, *în măsura în care dispozițiile legii contenciosului nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte*. O dispoziție de altfel redundantă, întrucât este evident că o lege generală completează legea specială doar în măsura în care nu atinge specificul acesteia din urmă⁵⁴.

4.1 Va putea fi invocată excepția de nelegalitate în faza recursului?

Potrivit Noului Cod de procedură civilă, cazurile în care sentințele vor fi atacate cu recurs vor fi restrânse semnificativ, limitându-se la condițiile strict și expres prevăzute de lege, eliminându-se astfel instituția recursului de la art. 304¹ din Codul de procedură civilă de la 1865, devenind o veritabilă cale extraordinară de atac⁵⁵. Astfel, condițiile în care recursul va putea fi exercitat se va limita doar la chestiuni de drept, și nu de fapt, condiții care devin totodată și mai stricte⁵⁶. Mai mult instanței supreme i se conferă plenitudine de competență în ceea ce privește soluționarea recursului, cu excepția altor cazuri prevăzute de lege. O astfel de excepție este în cazul contenciosului administrativ, atunci când Curtea de Apel este competentă să judece recursul introdus împotriva hotărârilor pronunțate de tribunalele de contencios administrativ.

Prin urmare, având în vedere prevederile art. 4 alin. 2 din Legea 554/2004, care se referă la *instanța investită cu fondul litigiului și în fața căreia a fost invocată excepția de nelegalitate*, apare întrebarea legitimă, dacă excepția va mai putea fi invocată în recurs. În întreaga sa istorie de aplicare, excepția de nelegalitate a putut fi invocată în orice fază a procesului⁵⁷ (fond, apel, recurs, căi de atac extraordinare⁵⁸). Suntem de părere, având în vedere și sintagma din primul alineat *poate fi cercetată oricând în cadrul unui proces*, că alineatul 2 este doar o scăpare a legiuitorului, și legea ar trebui interpretată în sensul de a produce efecte și nu de a le restrânge.

4.2 Trebuie citat și organul emitent?

Înainte de reglementarea introdusă de Legea 262/2007, în lipsa unui text expres citarea organului emitent nu era obligatorie, după cum opina și creatorul acestei legi⁵⁹, însă după anul 2007, alin. 2 prevedea expres obligativitatea citării organului emitent, modificare care a avut la bază art. 85 din actualul Cod de procedură civilă⁶⁰. Viitorul text de la art. 4 în integralitatea sa, nu face nicio referire la acest aspect, însă avem art. 153 alin. 1⁶¹ din Noul Cod de procedură civilă, care preia conținutul art. 85, argument care ne indică faptul că în continuare organul emitent va trebui să fie citat. Rămâne însă un aspect asupra căruia doctrina și jurisprudența urmează să se pronunțe.

4.3 Ipoteza litigiilor în curs de soluționare la data intrării în vigoare a Noului Cod de procedură civilă

În lipsa unei dispoziții tranzitorii în Legea 76/2012, se pune întrebarea, având în vedere caracterul apărare în fond al excepției de nelegalitate, dacă invocarea acesteia în procesele *pendinte* la momentul intrării în vigoare a Noului Cod de procedură civilă, se supune regimului vechi sau celui modificat prin Legea nr. 76/2012. Miza este extrem de importantă în stabilirea acestui aspect, pentru după cum am văzut *supra*, întreaga procedură se schimbă radical. Se poate argumenta, fie în sensul în care se aplică dispozițiile actuale pentru procesele începute la 1 februarie 2013, fie (ii) în sens contrar.

(i) În sensul în care dispozițiile art. 4 așa cum este modificat de Legea nr. 76/2012 se aplică doar proceselor începute după data de 1 februarie 2013, s-au adus următoarele argumente⁶²:

(1) conform art. 24 din Noul Cod de procedură civilă: „Dispozițiile legii noi de procedură se aplică numai proceselor și executărilor silite începute după intrarea acesteia în vigoare”, coroborat cu art. 25 alin. 1: „Procesele în curs de judecată, precum și executările silite începute sub legea veche rămân supuse acelei legi”. Prin urmare, principiul aplicării imediate a legii noi de procedură este abrogat. Însă, excepția de nelegalitate nu este o excepție procesuală, după cum am văzut *supra*⁶³.

(2) Noul Cod de procedură civilă, la art. 192 alin. 2, prevede în mod expres faptul că procesul începe prin înregistrarea cererii la instanță. Prin urmare, nu este important momentul invocării excepției, ci momentul în care a început procesul, iar invocarea unei excepții după data de 1 februarie 2013, într-un proces început înainte de această dată, cu consecința suspendării procesului și a deschiderii unui nou dosar la instanța de contencios competentă nu este de natură a semnifica începutul unui nou proces.

În concluzie, autorul conchide faptul că, regimul aplicabil excepției de nelegalitate va fi determinat în funcție de momentul în care a început procesul de fond, prin raportare la data de 1 februarie 2013.

În plus, în opinia noastră, după cum am analizat Expunerea de motive a legii nr. 76/2012, toate modificările aduse legilor speciale în vederea compatibilizării cu Noul Cod de procedură civilă, sunt concepute în așa manieră încât să-și producă efecte simultan începând cu 1 februarie 2013. Atât legea nr. 76/2012, cât și legea 134/2010 sunt văzute ca un *tot unitar*, și având în vedere că intrarea în vigoare a Noului Cod de procedură civilă nu va avea niciun efect asupra proceselor *pendinte*, este de la sine înțeles că nici dispozițiile legii nr. 76/2012 nu ar trebuie să își producă efecte asupra proceselor începute. Acest conflict al legilor în timp, determină în cazul nostru, în lipsa unei norme tranzitorii, recursul la ultraactivitatea legii vechi⁶⁴.

(ii) În sensul contrar opiniei de la (i) se poate argumenta în nenumărate feluri. Pornind de la lipsa unei norme tranzitorii în Legea nr. 76/2012 privind conflictul legilor în timp și făcând abstracție de unitatea dintre acest act normativ și Legea nr. 134/2010, se poate argumenta că nefiind o excepție procesuală, excepția de nelegalitate are un destin distinct de celelalte dispoziții din Legea nr. 76/2012.

Există un precedent, întrucât în 2007, prin legea 262/2007 de modificare a legii nr. 554/2004, prin normele tranzitorii s-a stabilit în mod expres faptul că dispozițiile referitoare la excepția de nelegalitate se aplică și cauzelor aflate pe rolul instanțelor la data intrării în vigoare a respectivei legi. Față de acest aspect, multe complete de judecată ale Înaltei Curți de Casație și Justiție au invocat excepții de neconstituționalitate a acestor prevederi, însă Curtea Constituțională le-a considerat constituționale⁶⁵, la fel ca și o parte a doctrinei⁶⁶. Curtea a argumentat faptul că ar fi norme de procedură și astfel ar fi aplicabile imediat, conform art. 725 din Codul de procedură civilă.

În plus, se mai poate susține faptul că în tranziția cauzelor începute sub imperiul legii nr. 29/1990 și continuate sub imperiul legii 554/2004, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat faptul că devin aplicabile dispozițiile art. 4 din Legea 554/2004⁶⁷, întrucât art. 27 se referă la raportarea acțiunilor aflate pe rolul instanțelor vizavi de dreptul aplicabil și nu la excepția de nelegalitate.

Prin urmare, în lipsa unui text legal expres, se poate argumenta pertinent în ambele sensuri. Ne exprimăm totuși încrederea că, Înalta Curte de Casație și Justiție, în lipsa unei intervenții legislative, va promova o practică unitară în ceea ce privește această ipoteză tranzitorie.â privind procesele începute la data intrării în vigoare a Noului Cod de procedură civilă.

4.4 Este incident termenul de 1 an în ceea ce privește excepția de nelegalitate a actelor administrative unilaterale cu caracter individual?

Se remarcă din nou, faptul că deși această întrebare a făcut obiectul numeroaselor discuții doctrinare, textul legal nu reglementează expres această ipoteză. Prin urmare, se impune recursul la argumentele invocate sub imperiul vechii reglementări a art. 4.

Încă din perioada interbelică, profesorul Rarincescu afirma faptul că expirarea acestui termen „*nu este de natură să decadă particularul din dreptul de a opune excepțiunea de ilegalitate, deoarece este un mijloc de apărare, pe care cel interesat poate și este în drept să-l opună în valorificarea unor acțiuni*”, abordare la care achiesăm⁶⁸. Această opinie a fost în mod eronat interpretată de către doctrina recentă⁶⁹, sau contextul discuției a fost lărgit prin analogia din nou eronată cu dreptul francez sau prin trimiterea la dispozițiile art. 6 CEDO, privitoare în special la asigurarea unei securități raporturilor juridice⁷⁰. Prin urmare, apreciem faptul că nu există o limită temporală cu privire la termenul în care poate fi invocată excepția de nelegalitate cu privire la un act administrativ cu caracter unilateral.

5. Concluzii

Procesul legislativ este un influențat în mod direct de către om, și prin urmare, întotdeauna este perfectibil. După cum în mod judicios afirma un reputat specialist al dreptului⁷¹, valoarea soluțiilor preconizate de adoptarea Noului Cod de Procedură Civilă va fi verificată în timp de către practica judiciară, întrucât ea este „*singurul și veritabilul laborator legislativ*”. Cele 4 aspecte analizate punctual în prezentul studiu, precum și considerațiile privind modificările fundamentale ale excepției de nelegalitate, pot deveni problematice, iar în lipsa unei abordări unitare a Înaltei Curți de Casație și Justiție, se pot accentua. Suntem de părere că timpul va fi cel mai bun critic al acestor preconizate modificări.

* Student anul IV, Facultatea de Drept a UBBCluj-Napoca; bogdanbuta@ymail.com.

¹ Publicat la adresa de internet:

<http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=com:2007:0378:fin:ro:pdf>.

² Publicată în M.Of. nr. 485 din 15.07.2010, modificată și completată ulterior de Legea nr. 76/2012, având forma finală publicată în M.Of. nr. 545 din 03.08.2012.

- ³ Publicată în M.Of. nr. 365 din 30.05.2012. Noul Cod de procedură civilă va intra în vigoare la 01 februarie 2013.
- ⁴ V. Belegante, D.A. Ghinoiu, *Succintă prezentare a sistemului și soluțiilor legislative preconizate de proiectul noului cod de procedură civilă*, în „Dreptul” nr. 4/2009, p.13.
- ⁵ Publicată în M.Of. nr. 1.154 din 7 decembrie 2004.
- ⁶ Disponibilă la adresa de internet: <http://www.cdep.ro/proiecte/2012/000/80/2/em120.pdf>.
- ⁷ *Ibidem*, p. 18-19.
- ⁸ I. Rîciu, *Procedura contenciosului administrativ. Aspecte teoretice și repere jurisprudențiale*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 139.
- ⁹ “Excepțiunea de ilegalitate este un mijloc de apărare indirect. Cerând ca actul ilegal emanat de la un organ al statului să fie înlăturat. Actul ilegal nu poate produce efecte, prin urmare el nu poate fi opozabil celui ce invoacă ilegalitatea lui. Judecătorul litigiului, constatând ilegalitatea actului respectiv, are obligațiunea să nu țină seama de efectului actului ilegal.” în V. Onișor, *Tratat de drept administrativ român, ediția II. Complex refăcută și pusă la curent*, Cartea Românească, București, 1930, p. 134.
- ¹⁰ T.Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Editura Științifică, București, 1959, p. 260.
- ¹¹ G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *Excepția de nelegalitate, Jurisprudența Secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție 2006*, Editura Hamangiu, București, 2007, p.10-11.
- ¹² I. Deleanu, *Considerații cu privire la excepțiile procesuale în contextul prevederilor proiectului noului cod de procedură civilă*, „Revista Română de Drept Privat” nr. 4/2009, p. 31.
- ¹³ A.D. Papa, *Trăsături comune și specifice excepției de nelegalitate și celei de neconstituționalitate*, Revista de Drept Public, nr. 2/2010, p.37. Autoarea clasifică, în opinia noastră în mod eronat, excepția de nelegalitate și cea de neconstituționalitate ca fiind excepții de fond.
- ¹⁴ I. Deleanu, *op.cit.supra.*, p.32. A se vedea notele de subsol 18 și 20 din acest articol.
- ¹⁵ M. Tăbârcă, *Drept procesual civil, ediția a 2-a, revizuită și adăugită*, Editura Universul Juridic, București, 2008, p. 504-505.
- ¹⁶ *Ibidem*, p. 506.
- ¹⁷ *Idem*, p. 506.
- ¹⁸ I. Deleanu, *op.cit.*, p. 33.
- ¹⁹ C.G.Rarincescu, *Contenciosul administrativ român, Edițiunea a doua*, Editura „Universală” Alcalay & Co., București, 1936, p. 175.
- ²⁰ E.D. Tarangul, *Tratat de drept administrativ român*, Editura Tipografia Glasul Bucovinei, Cernăuți, 1944, p. 475.
- ²¹ P. Negulescu, *Tratat de Drept Administrativ. Vol I. Principii Generale. Ediția a IV-a*, Institut de Arte Grafice E. Marvan, București, 1934, p. 350.
- ²² E.D. Tarangul, *op.cit.*, p. 538.
- ²³ *Ibidem*, pp. 538-539.
- ²⁴ T. Drăganu, *Actele administrative și faptele asimilate lor supuse controlului judecătoresc potrivit legii nr. 1/1967*, Editura Dacia, Cluj, 1970, p. 8-10.
- ²⁵ M. Durma, *Excepția de ilegalitate*, „Studii și cercetări Juridice” nr. 4/1964, p. 624.
- ²⁶ *Ibidem*, pp. 623-624.
- ²⁷ În sensul inadmisibilității excepției de ilegalitate A se vedea I. Vîntu, *Asigurarea și controlul legalității populare în administrația de stat a R.P.R.*, „Studii și cercetări juridice”, 1958, nr. 1 p. 248.

- ²⁸ Publicată în Buletinul Oficial nr. 67 din 26.07.1967.
- ²⁹ După cum reiese și din Expunerea de motive a Legii nr. 1/1967.
- ³⁰ *„Dispozițiile prezentei legi sînt aplicabile, în mod corespunzător, și în cazurile în care cel vătămat într-un drept al său pretinde numai înlăturarea vătăării fără a cere și anularea actului administrativ, precum și în cazurile în care cel vătămat a cerut anularea actului administrativ, fără a cere în același timp și despăgubiri, întinderea pagubei nefiindu-i cunoscută la data judecării cererii de anulare. Termenul de prescripție, în asemenea cazuri, este cel prevăzut de dreptul comun.”*
- ³¹ Tr. Ionașcu, E.A. Barasch, *Teoria și practica litigiilor precontractuale*, Editura Academiei R.P.R., București, 1963, p. 358 în T. Drăganu, *op.cit.supra.*, p. 51.
- ³² *„Cererea prevăzută în art. 1 se judecă de tribunalul în circumscripția căruia domiciliază reclamantul, după cum urmează:*
a) de tribunalul popular, cînd cererea privește un act al unui organ local al administrației de stat sau al unei instituții subordonate unui asemenea organ;
b) de tribunalul regional sau de Tribunalul Capitalei Republicii Socialiste România, după caz, cînd cererea privește un act al unui minister sau al unui alt organ central al administrației de stat, ori al unei instituții subordonate unuia din aceste organe centrale.”
- ³³ T. Drăganu, *op.cit.*, pp. 51-54.
- ³⁴ Publicată în M.Of. nr. 122 din 08.11.1990.
- ³⁵ L. Giurgiu, *Considerații privind excepția de nelegalitate a actelor administrative în reglementarea instituită prin Legea contenciosului administrativ nr 554/2004*, „Curierul Judiciar” nr. 5/2008, p. 91.
- ³⁶ D.C. Dragoș, *Procedura contenciosului administrativ*, Editura All Beck, București, 2003, p. 556.
- ³⁷ E. Albu, *Excepția de nelegalitate – mijloc de apărare în cadrul proceselor comerciale, civile etc. – aspecte procedurale teoretice și practice (I)*, „Revista de Drept Comercial” nr. 9/2006, p. 21.
- ³⁸ Publicată în M.Of. nr. 510 din 30/07/2007.
- ³⁹ Publicată în M.Of. nr. 714 din 26/10/2010.
- ⁴⁰ Pentru o analiză detaliată A se vedea R.N. Petrescu, *Drept Administrativ*, Editura Hamangiu, București, 2009, p.510-515.
- ⁴¹ Asupra clasificării actelor administrative unilaterale fie cu caracter individual, fie cu caracter normativ, ne exprimăm îngrijorarea privind menținerii acestei distincții artificiale. Pentru o propunere argumentată și rezonabilă privind o nouă clasificare a actelor administrative A se vedea O.Podaru, *Drept administrativ. Curs universitar. Vol. I. Actul Administrativ. (i) Repere pentru o teorie altfel*, Editura Hamangiu, București, 2010, pp. 58-68.
- ⁴² *Actele administrative cu caracter normativ nu pot forma obiect al excepției de nelegalitate. Controlul judecătoresc al actelor administrative cu caracter normativ se exercită de către instanța de contencios administrativ în cadrul acțiunii în anulare, în condițiile prevăzute de prezenta lege.*
- ⁴³ P. Negulescu, *op.cit.*, p. 350.
- ⁴⁴ *Ibidem*, p. 351.
- ⁴⁵ L. Giurgiu, *op.cit.*, p. 92.
- ⁴⁶ *Ibidem*, p.92.
- ⁴⁷ G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 adnotată. Ediția a 2-a*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 46.
- ⁴⁸ O. Puie, *Aspecte privitoare la implicațiile noului Cod de procedură civilă asupra instituției contenciosului administrativ*, „Pandectele Române” nr. 7/2012, pp. 65-69.
- ⁴⁹ *Ibidem*, p. 58.
- ⁵⁰ A se vedea nota de subsol 15.

⁵¹ G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *op.cit.*, pp.49-51.

⁵² art. 519-521 din Noul Cod de procedură civilă.

⁵³ *Instanța poate suspenda judecata: când dezlegarea cauzei depinde, în tot sau în parte, de existența, sau inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți.*

⁵⁴ M. Ursuța, *Considerații cu privire la modificările aduse procedurii contenciosului administrativ prin Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Noului Cod de procedură civilă*, „Curierul Judiciar” nr. 6/2012, pp. 355-356.

⁵⁵ Pentru o prezentare a instituției recursului A se vedea V.M. Ciobanu, *Aspecte noi privind recursul în procesul civil în lumina proiectului codului de procedură civilă*, în „Revista Română de Drept Privat” nr. 1/2009, p.77

⁵⁶ *„motivele de recurs nu pot fi primite decât dacă nu au fost invocate în termen pe calea apelului sau în cursul judecării apelului, ori deși au fost invocate în termen, au fost respinse sau instanța a omis să se pronunțe asupra lor.”* – în V. Belegante, D.A. Ghinoiu, *op.cit.*, p.23.

⁵⁷ E. Albu, *op.cit.*, p. 27.

⁵⁸ *„Excepțiunea e de ordine publică, putând fi invocată în or-ce state a pricinei, și chiar din oficiu”* în P. Negulescu, *op.cit.*, p. 351.

⁵⁹ A. Iorgovan, *Noua lege a contenciosului administrativ*, Editura Roata, București, 2004, p. 301.

⁶⁰ G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *op.cit.*, p. 64.

⁶¹ *„Instanța poate hotărî asupra unei cereri numai dacă părțile au fost citate ori s-au prezentat, personal sau prin reprezentant, în afară de cazurile în care prin lege se dispune altfel.”*

⁶² M. Ursuța, *op.cit.*, p. 350.

⁶³ A se vedea secțiunea 2.1

⁶⁴ Pentru mai o analiză mai extinsă A se vedea I. Vida, *Acțiunea normei juridice în timp*, „Dreptul” nr. 12/2004, p. 92-93.

⁶⁵ Curtea Constituțională, Deciziile nr. 425 și 426 publicate în M.Of. nr. 354 din 08.05.2008.

⁶⁶ D. A. Tofan, *Unele considerații privind excepția de nelegalitate*, „Revista Română de Drept Public” nr. 4/2007, p. 32. **În sens contrar**, E. Albu, *Neconstituționalitatea Legii nr. 262/2007 pentru modificarea și completarea Legii contenciosului administrativ*, „Curierul Judiciar” nr. 9/2007, p. 47 și urm.

⁶⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia nr. 4262 din 15 august 2005, în G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *op.cit.*, p. 61.

⁶⁸ C.G.Rarincescu, *op.cit.*, p. 178.

⁶⁹ I. Rîciu, *op.cit.*, p. 141.

⁷⁰ G.V. Bîrsan, B. Georgescu, *Excepția de nelegalitate în reglementarea Legii nr. 554/2004, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 262/2007. Incidența dispozițiilor art. 20 alin. 2 din Constituție, republicată, cu referire la art. 6 CEDO și art. 6 din Codul buneii administrații*, „Curierul Judiciar” nr. 11/2007, p. 59-61.

⁷¹ I. Deleanu, *Observații generale și speciale cu privire la noul cod de procedură civilă (legea nr. 134/2010)*, „Dreptul” nr. 11/2010, p.42.

**NOȚIUNEA DE PREȚ ÎN NOUL COD CIVIL:
O PERSPECTIVĂ COMPARATIST-CRITICĂ**

Horia CIURTIN*

Abstract: *The Concept of Price in the new Romanian Civil Code: a Comparative-Critical Approach.* The present study focuses on the concept of price in Romania's New Civil Code, bearing in mind the diverging jurisprudential traditions of European law. In this sense, as it shall be established further, the present Romanian rules concerning the price offer an interesting perspective regarding the possibility of synchronising various theories of contract law – i.e. aristotelic-finalistic and voluntaristic. However, the sometimes faulty manner in which the proposed „reform” of Civil Law was carried out in Romania, also provides the image of a not so rigorous and systematic approach toward the concept of price, leaving this particular element of the contract in an uncertain position which needs further praetorian determinations.

Cuvinte cheie: Noul Cod Civil, prețul, drept comparat, contract de vânzare

Keywords: New Civil Code, price, comparative law, sales contract

1. Prolegomene: voință, echitate, preț

2. Noțiunea de preț în dreptul civil român

- 2.1. *Excurs:* prețul în Vechiul Cod Civil
- 2.2. Caracteristici generale ale prețului în Noul Cod Civil
- 2.3. Prețul să fie stabilit în bani
- 2.4. Prețul să fie determinat sau determinabil
- 2.5. Prețul să fie real și serios
- 2.6. Problema prețului lezionar

3. Prețul în instrumentele internaționale de drept al contractelor

- 3.1. Convenția de la Viena
- 3.2. Principiile Unidroit

4. Concluzii

1. Prolegomene: voință, echitate, preț

Încă de la apariția gândirii juridice de tip modern, în mod fundamental marcată de teoriile voluntariste, elementul central al întregului sistem a fost „contractul”, înțeles ca manifestare autonomă de voință aptă de a „lega” și produce efecte juridice cu privire la bunurile și/sau comportamentele părților implicate în această operațiune. În acest sens, trebuie remarcat faptul că paradigma iluministă post-carteziană a coagulat cea mai mare parte a constructului juridic în jurul noțiunii de „voință”, privită ca emanație principală a individualității sociale și singura aptă de a determina modul de interacțiune al membrilor comunității.

De aceea, se poate afirma că odată cu supra-valorizarea conceptului de „voință” și a presupusei sale autonomii, o îndelungă tradiție aristotelică – și, bineînțeles, scolastică – a dreptului european a fost marginalizată, fără a fi cu adevărat depășită ori eliminată. Chiar dacă teoriile voluntariste s-au dovedit deosebit de seducătoare în climatul revoluționar al Europei secolelor XVIII și XIX, necesitățile practice ale sistemului au impus perpetuarea unor elemente aristotelice în noua ordine juridică, în scopul asigurării unor limite obiective în calea posibilei anarhii a „voinței autonome”.

Astfel, tehnica legislativă modernă a fost nevoită să utilizeze un concept tradițional precum *summum bonum*, în detrimentul subiectivismului radical profesat la nivel ideologic, introducând un grad de determinare – ori, măcar, determinabilitate – a granițelor în care drepturile individuale pot fi asumate și utilizate. Pe această cale, dreptul modern a conservat anumite repere aristotelice, menite a „obiectiva” echitatea în noul sistem și de a conferi un grad mai crescut de predictibilitate a efectelor juridice – ori lipsei lor – generate de exercitarea liberă și autonomă a „voinței”.

Reminescențe clasice de acest tip sunt clar identificabile în domeniul transferului de proprietate, unde legiuitorul modern a depus serioase eforturi în stabilirea unui punct de echilibru între voința autonomă și echitate. Privind dezbateră ideatică dintre cele două școli de filozofie a dreptului din acest punct de vedere, se poate observa că – deși regula generală o reprezintă consensualismul, fiind suficientă o simplă manifestare de voință pentru ca proprietatea să fie transferată –, corectivele aristotelice sunt omniprezente, ridicând reale semne de întrebare dacă ele constituie simple excepții ori un adevărat set de „reguli paralele”.

Așadar, restrângând obiectul analizei de față, putem afirma că cel mai important reper tradițional în dreptul modern al contractelor translativă de proprietate (cu titlu oneros) îl constituie teoria aristotelică a „justiției comutative”, conform căreia părțile sunt presupuse a schimba „resurse” cvasi-echivalente din punct de

vedere valoric. În concordanță cu această judecată teoretică *a priori*, s-a dedus că prețul – în cazul vânzării, unde contra-prestația e un „etalon” obiectiv de schimb, iar nu o altă marfă – trebuie să fie mereu „echitabil”, iar în caz contrar o serie de „remedii” să poată fi aplicate pentru restabilirea proporției corecte între prestații.¹

O astfel de concepție s-a dovedit foarte utilă în dreptul contractual continental, luând în calcul importanța acordată noțiunii de preț în teoriile juridico-economice liberale și necesităților de a stabili o practică echitabilă în privința transferului de proprietate. De aceea, într-un sistem precum cel apărut după Revoluția Franceză, bazat pe un principial *quid pro quo*, unde contractele cu titlu oneros erau singurele cu adevărat încurajate – cele cu titlu gratuit fiind privite cu reticență, dar totuși tolerate – prețul și avatarurile sale s-au aflat mereu în centrul preocupărilor doctrinare.

Fără a intra în detalii de ordin filosofic, trebuie arătat că modul în care prețul a fost perceput în dreptul civil continental dezvăluie un proces de limitare a teoriilor pur voluntariste, recurgându-se de cele mai multe ori la noțiuni aristotelico-scolastice precum *summum bonum* – reală cauză finală a transferurilor de proprietate – pentru a crea un cadru echitabil al tranzacțiilor dintre părți. Astfel, însăși conceptualizarea juridică a prețului e menită a contura niște „granițe” ale voinței autonome în stabilirea sa, acestea trebuind interpretate mai degrabă în manieră negativă decât ca un set fix de trăsături fundamentale – i.e.: părțile *nu pot* stabili un preț nedeterminat, neneros, nesincer etc.

De asemenea, problema prețului lezionar poate fi cu adevărat pusă doar prin utilizarea unei formule finalist-aristotelice ce urmărește echitatea transferului de proprietate, având în vedere că un voluntarism modern pur exclude sancționarea unui astfel de dezechilibru contractual, considerând că părțile sunt legate de clauzele stipulate în mod liber și autonom în convenții – inclusiv de un preț disproporționat – atâta timp cât voința nu a fost viciată.

Luând în calcul aceste elemente de ordin filosofic, în continuare vom releva modul în care noțiunea de preț s-a concretizat în dreptul civil român – până de curând, copie relativ fidelă a prototipului francez și, prin urmare, reprezentativ pentru întregul sistem continental –, arătându-se pe parcurs influențele unor norme uniforme și instrumente internaționale privind dreptul contractelor. Totodată, se va arăta modul în care noțiunea aristotelică a „leziunii” a fost reanimată în Noul Cod Civil, dezvăluind că dreptul postmodern e capabil să corecteze disfuncțiile modernismului juridic prin recurs la fundamentele tradiționale. Pe de altă parte, unde e posibil și necesar, vom avea în vedere perspective alternative asupra prețului în diferite sisteme sau sub-sisteme de drept, precum cel anglo-saxon ori germanic.

2. Noțiunea de preț în dreptul civil român

În acest capitol vom evidenția modul în care noțiunea de preț e concepută în dreptul civil contemporan din România, arătând totodată – după o scurtă și schematică incursiune în vechea reglementare – cum completările inovatoare ale jurisprudenței și doctrinei au fost, în cele din urmă, transpuse în normele pozitive actuale, după îndelungi dezbateri și nenumărate propuneri eșuate de legislație. Astfel, mai întâi prevederile Vechiului Cod Civil cu privire la preț vor fi enumerate fugitiv, urmând ca elementele importante dezvoltate în literatura de specialitate să fie detaliate prin raportare la noua reglementare, acolo unde explicațiile doctrinare anterioare coincid cu actualul Cod.

2.1. *Excurs: prețul în Vechiul Cod Civil*

Tributar al concepțiilor voluntariste, Vechiul Cod reprezintă preluarea și asumarea integrală a mentalității „revoluționare” occidentale, construind un nou complex de raporturi juridice menit a moderniza statul român. De aceea, în concordanță cu prototipul francez imitat, legislația civilă autohtonă a acordat un loc privilegiat „voinței” părților, lăsându-le pe acestea să stabilească conținutul obligațiilor asumate contractual, fără a interveni prea des prin norme imperative care să le oblige la o anumită conduită. Din acest motiv, corectivele de tip tradițional-aristotelic au fost propuse mai întâi în dezbaterile doctrinare, fiind omologate apoi în practica judiciară a instanțelor, fără a beneficia – de cele mai multe ori – de o reglementare legală expresă.

Așadar, revenind la tema prezentării de față, Codul Civil de la 1864 avea – din punct de vedere al normelor de drept pozitiv – un număr limitat de exigențe cu privire la prețul contractului de vânzare-cumpărare, art. 1303 indicând că acesta „trebuie să fie serios și determinat de părți”. Ulterior, doctrina a extins aceste exigențe, conferind instanțelor oportunitatea de a-și ancora hotărârile într-un construct teoretic riguros, menit a suplimenta lacunele Codului și de a aduce – unde era realmente necesar – corective laxității sale voluntariste.

În acest sens, literatura de specialitate mai veche arăta că „prețul este o sumă de bani”², subliniindu-se caracterul monetar al contractului de vânzare-cumpărare, element fundamental ce servește și la calificarea juridică a respectivei convenții. Astfel, fiind vorba de un contract numit, s-a subliniat că anumite caracteristici ale sale trebuie considerate esențiale, neputând fi lăsate pe seama părților, conturând o idee larg recunoscută în școala aristotelic-tradițională: „obligațiile părților depind nu doar de voința lor expresă, ci și de tipul convenției în care intră”.³ De aceea, stabilirea prețului în bani a fost considerată de către

doctrină ca fiind de *esența* contractului de vânzare⁴, fără ea neputându-se conferi o astfel de calificare juridică actului.

Mai apoi, plecându-se de la prevederile art. 1304, s-a arătat că nu e necesar ca prețul să fie neapărat determinat strict, vânzarea fiind valabilă și atunci când el este determinabil, lăsat la aprecierea unui terț de către părți, ori – în conformitate cu art. 964, alin. (2) – s-au precizat contractual doar anumite elemente în raport cu care prețul se va putea determina în viitor.⁵ Așadar, atunci când prețul nu poate fi determinat în nici un fel potrivit principiilor enunțate anterior, vânzarea este nulă, căci – după cum se afirma în doctrina clasică română – „în lipsă de preț, nu există vânzare”.⁶

Pe de altă parte, cerința seriozității prețului – de la art. 1303 – a fost nuanțată în literatura de specialitate și în practica judiciară, arătându-se că nu e suficient ca *derizoriul* prețului să fie evitat, ci e necesar ca acesta să fie – în același timp – și *sincer*. Mai precis, trebuie ca stabilirea prețului să nu fie realizată în mod fictiv, ci în vederea plății sale reale de la cumpărător către vânzător⁷, căci în cazul în care acesta reprezintă doar un element aparent al contractului, actul va fi nul.⁸ De asemenea, neseriozitatea prețului presupune o disproporție atât de vădită a sumei de bani datorate în raport cu valoarea bunului, încât prețul să nu poate constitui obiectul obligației cumpărătorului.⁹

Totuși, în condițiile Vechiului Cod Civil, derizoriul prețului a fost mereu deosebit de *vilitate*¹⁰ – situația în care suma de bani datorată e serioasă, însă în mod clar inferioară valorii bunului vândut –, considerându-se că aceasta din urmă nu poate atrage nulitatea contractului, în circumstanțele în care resciziunea pentru cauză de leziune nu era consacrată decât în cazul minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă. Pe de altă parte, doctrina a sugerat anumite căi de interpretare a dispozițiilor privitoare la cauza ilicită pentru a sancționa leziunea rezultată atunci când un contractant profită de neștiința, ignoranța ori stare de constrângere a celeilalte părți pentru a obține avantaje disproporționate.¹¹ Astfel, chiar dacă prevederile Codului nu sancționau ca atare dezechilibrul lezionar al prestațiilor, doctrina și instanțele considerau că această situație poate fi încadrată în reglementarea privind cauza ilicită, în anumite condiții speciale, deschizând posibilitatea constatării nulității absolute și – implicit – a sancționării indirecte a leziunii.

2.2. Caracteristici generale ale prețului în Noul Cod Civil

Spre diferență de Codul Civil de la 1864, actualul act normativ conferă o importanță mai crescută circumscrierii legale a noțiunii de preț, descriind-o cel mai amplu și în mod expres la subsecțiunea ce tratează „Obiectul vânzării”.

Totodată, Noul Cod tratează această noțiune expeditiv în partea ce vizează încheierea contractului din punct de vedere al teoriei generale a obligațiilor și – bineînțeles – în numeroase alte locuri privitoare la raporturile dintre părți generate de diferite contracte speciale. Totuși, locul predilect – din motive ușor de înțeles – de încadrare legală a prețului este domeniul contractului de vânzare, contract în care această noțiune primește valențe de element definitoriu, iar nu de simplu mijloc de executare a obligației asumate.

De aceea, chiar dacă prețul apare menționat și ca obiect al prestației generate în virtutea altor convenții (furnizare, locațiune, antrepriză, transport etc.), regulile fundamentale pentru această noțiune sunt cele menționate cu privire la contractul de vânzare. În toate celelalte cazuri ele se aplică similar – dacă nu chiar identic – cu câteva aparente excepții – ori, mai precis, completări – impuse de natura respectivului raport juridic: (a) posibilitatea ca prețul să fie stabilit și altfel decât monetar; (b) stabilirea legală a prețului; (c) luarea în considerare a uzanțelor pentru determinarea prețului.

Astfel, în cazul contractului de vânzare, prețul constituie un element *esențial*, fără de care această convenție nu poate fi încheiată în mod valabil, el reprezentând nu numai un „obiect al obligației cumpărătorului, ci și cauza obligației vânzătorului”.¹² Foarte important, din acest punct de vedere, este a se sublinia că Noul Cod a reținut distincția trasată în doctrină – dar și în Codul Civil din Quebec – între noțiunile de „obiect al contractului” și „obiect al obligației”. De aceea, prețul poate fi considerat obiect – și acesta, *derivat* – al prestației cumpărătorului, iar nu un obiect al contractului.¹³ Totodată, în principiu, se consideră că el corespunde valorii lucrului vândut¹⁴, fapt ce sugerează ideea echilibrului – oricât de relativă ar fi această noțiune din punct de vedere juridic – între prestațiile celor două părți.

Pe o astfel de linie de interpretare, încercându-se găsirea unei definiții satisfăcătoare a noțiunii – definiție care să fie, totuși, desprinsă de cea economică – doctrina franceză a arătat că prețul cuprinde „toate elementele care-i profită vânzătorului și care corespund, în patrimoniul său, lucrului vândut”.¹⁵ Deși această formulare conceptuală poate apărea destul de ambiguă la prima vedere, trebuie remarcat că tocmai abstractizarea ce depășește granițele dreptului pozitiv național îi conferă un grad suficient de universalitate, permițând utilizarea ei asupra mai multor sisteme de drept.

În general, în funcție de cultura juridică în care s-au format, doctrinarii europeni enumeră o serie de elemente necesare pentru ca prețul să fie considerat valid, stabilind cu mai multă ori mai puțină rigoare distincții între aceste caracteristici, precum și sancțiunile atrase de nerespectarea lor. Nu vom intra

acum în detalii privitoare la condițiile obligatorii în alte state, urmând să tratăm pe parcurs eventualele divergențe semnificative în raport cu sistemul nostru, iar eventualele surse de inspirație internaționale pentru redactorii Noului Cod Civil – convenții și norme uniforme – vor fi abordate într-un capitol distinct, datorită întinderii subiectului avut în vedere.

Așadar, revenind la condițiile de valabilitate a prețului stipulate în normele de drept pozitiv român, se poate deduce că acesta trebuie să fie: (a) stabilit în bani, (b) determinat sau, măcar, determinabil, (c) real, (d) serios – în conformitate cu art. 1660-1665 – și, coroborând cu prevederile din materia viciilor de consimțământ, (e) non-lezionar.

2.3. Prețul să fie stabilit în bani

Una dintre aparentele „inovații” ale Noului Cod Civil e stipularea expresă a cerinței ca prețul să fie stabilit în bani. Astfel, alin. (1) al art. 1660 statuează că „prețul constă într-o sumă de bani”, element care în alte sisteme europene de drept e recunoscut implicit, fără a fi menționat ca atare în actele normative. Astfel, de exemplu, Codul Civil German – *Bürgerliches Gesetzbuch* – nu face nici o mențiune referitoare la caracterul monetar al prețului, dar doctrina este majoritară în recunoașterea acestui element, situație similară cu cea existentă în dreptul civil francez contemporan.

Totuși, în cadrul Codului Civil din Quebec – importantă sursă de inspirație pentru legiuitorul român –, prevederile ce definesc vânzarea arată că prețul e o sumă de bani, articolul 1708 fiind neechivoc când utilizează sintagma „a price in money” / „un prix en argent”. De asemenea, actul normativ britanic referitor la vânzarea de bunuri – *Sale of Goods Act* din 1979 – este destul de clar terminologic, stipulând expres – la secț. 2 (1) – că prețul e o sumă de bani, „a money consideration, called the price”. Astfel, se poate observa că sistemele de drept anglo-saxon – ori măcar proxime lor – sunt mai riguroase în a stabili expres caracterul monetar al prețului, decât cele continentale care lasă un loc mai amplu de interpretare în sarcina specialiștilor și a instanțelor.

Revenind la Noul Cod Civil român, trebuie arătat că – în ciuda aparentului caracter de noutate – această exigență fusese recunoscută cvasi-unanim în doctrina autohtonă și sub imperiul vechii reglementări. De altfel, formula normativă ce stipulează expres caracterul monetar al prețului apărea și în Codul Calimach – „prețul lucrului vândut trebuie să fie în bani”¹⁶ –, dezvăluind că legiuitorul român contemporan nu a făcut altceva decât să continue o tradiție juridică existentă, conferind o nouă formulare acestui vechi principiu.

Analizând această cerință, doctrina a considerat – pe bună dreptate – că stabilirea în bani nu e doar un element de valabilitate a prețului, ci și un element de calificare a contractului ce îl diferențiază de alte convenții precum schimbul, întreținerea, darea în plată ori alte contracte nenumite.¹⁷

O chestiune problematică ce subzistă în clipa de față este posibilitatea ca prestația cumpărătorului să nu fie *exclusiv* stabilită în bani. În general, atât doctrina română, cât și franceză au arătat că e valabil contractul de vânzare ce prevede drept obligație a cumpărătorului remiterea unei sume de bani *plus* altceva ori un serviciu.¹⁸ Totuși, această din urmă prestație trebuie să fie doar accesorie în raport cu suma de bani, care va rămâne un element principal al vânzării.¹⁹ În plus, în ceea ce privește executarea contractului, nu e necesar să fie realizată printr-o sumă de bani, luându-se în calcul că importantă din punct de vedere al validității vânzării e stabilirea monetară a prețului la *încheierea* convenției, iar modalitatea efectivă de plată nu prezintă relevanță.²⁰

2.4. Prețul să fie determinat sau determinabil

Totodată, la art. 1660, alin. (2) se arată că prețul trebuie să fie „determinat sau cel puțin determinabil”. Spre diferență de vechea reglementare, Noul Cod conferă o consacrare lipsită de orice echivoc posibilității părților de a nu stabili de o manieră absolută prețul, încă de la încheierea contractului. Până de curând, o astfel de opțiune era recunoscută în doctrină și practica judiciară, însă într-o manieră mult mai restrictivă, relaxarea acestei condiții de validitate a prețului fiind impusă de dinamizarea raporturilor economice ce reclamă o flexibilitate crescută în stabilirea anumitor elemente ale contractelor.

Pentru claritate conceptuală, vom opera în continuare cu distincția preț determinat – preț determinabil, dezvoltând fiecare noțiune separat, pentru ca apoi să privim unitar anumite chestiuni problematice. Astfel, în concordanță cu părerile exprimate în literatura de specialitate, *prețul determinat* ar reprezenta cuantumul cert, stabilit în bani încă de la încheierea contractului, fie în mod forțat, fie prin raportare la o unitate de măsură, în cazul bunurilor generice.²¹ Din acest punct de vedere, caracterul determinat al prețului nu impune ca părțile să stipuleze modalitățile efective ori termenul de plată, elemente ce nu afectează valabilitatea contractului, ci doar executarea și răspunderea pentru neexecutarea obligațiilor asumate.²²

Pe de altă parte, legea permite și numai existența unui *preț determinabil*, adică a unui preț „susceptibil de a fi determinat în viitor pe baza clauzelor contractului, prin relație cu alte elemente care nu mai depind de voința uneia sau

alteia dintre părțile contractante”.²³ În acest sens, art. 1661 aduce precizări suplimentare, arătând că prețul poate fi considerat determinabil – și vânzarea valabilă – atunci când el nu a fost stabilit în contract, dar „părțile au convenit asupra unei modalități prin care prețul poate fi determinat ulterior, dar nu mai târziu de data plății și care nu necesită un nou acord de voință al părților”. Astfel, e obligatoriu de remarcat că această ipoteză presupune o întâlnire inițială a voinței co-contractanților, elementele ulterioare de determinare a prețului neputând depinde exclusiv de una dintre părți, soluție ce consacră legislativ cele susținute în doctrina franceză și română.

Totodată, potrivit art. 1662, prețul poate fi considerat determinabil atunci când stabilirea sa este lăsată pe seama unui terț desemnat prin acordul părților, care – conform art. 1232, alin. (1) – va trebui „să acționeze în mod corect, diligent și echidistant”. Spre diferență de vechea reglementare – art. 1304 din Codul Civil de la 1864 –, noua normă include și mijloace de rezolvare a chestiunilor ivite din neîndeplinirea acestei misiuni de către terțul desemnat. Astfel, când prețul nu e determinat în termenul stabilit (ori în lipsă de termen, în timp de 6 luni de la încheierea contractului), președintele judecătorei de la locul încheierii contractului va desemna de urgență un expert pentru stabilirea prețului.

În plus, alin. (3) al aceluiași articol 1662 arată că dacă – după scurgerea termenului de un an de la încheierea contractului – prețul nu a fost stabilit, vânzarea va fi nulă, cu excepția cazului în care părțile au convenit un alt mod de determinare a prețului. Din formularea acestui paragraf se poate deduce că respectiva nulitate – absolută, după cum s-a arătat în doctrină²⁴ – sancționează, de fapt, chiar și contractele care prevăd pentru stabilirea prețului de către terț un termen mai lung de un an. Totuși, deși o astfel de soluție pare destul de inechitabilă la prima vedere – realmente disruptivă în raport cu autonomia de voință a părților –, ea poate fi explicată prin necesitatea de a nu tergiversa pentru o perioadă prea mare stabilirea unui element esențial al contractului de vânzare, fără de care acesta își pierde rațiunea de a exista. Pe altă parte, legea permite și o cale de evitare a unei sancțiuni într-atât de draconice, atunci când părțile stabilesc în cuprinsul aceluiași contract o modalitate alternativă de determinare a prețului, adevărată măsură de precauție.

În acest context, se naște întrebarea dacă sancțiunea respectivă se va aplica și în cazul în care expertul numit de instanță – la cererea părților – nu stabilește prețul în intervalul de un an. În opinia noastră, nu credem că e rezonabil a se considera că în acest caz intervine o nulitate absolută, ci mai degrabă una relativă, ce va putea fi invocată doar atunci când părțile au cu adevărat un interes de a lipsi contractul de efecte. O ipoteză contrară ar fi inechitabilă prin supunerea

părților – independent de voința lor – la anihilarea contractului, chiar și atunci când cauzele ce duc la această situație nu le sunt imputabile, ele sesizând instanța tocmai pentru a evita un asemenea rezultat.

O soluție la acest impas ar putea fi, totuși, totuși identificată în prevederile cu titlu general de la art. 1232, alin. (2), unde se arată că atunci când terțul nu poate, nu dorește ori aprecierea lui este *in mod manifest* nerezonabilă, instanța va putea – la cererea părții interesate – să stabilească prețul nedeterminat anterior. Totuși, în acest caz particular – pentru a salva contractul – părțile vor fi nevoite să permită intruziunea unui factor extern, asupra căruia nu a existat un consens prealabil, să stipuleze fără drept de refuz un element esențial al contractului, din teama de a nu interveni sancțiunea nulității pentru nedeterminarea în termen de un an a prețului.

Caracterul determinabil al prețului – prin raportare la un factor de referință – trebuie coroborat cu prevederile art. 1234 ce arată că atunci când „acest factor nu există, a încetat să mai existe ori nu mai este accesibil, el se înlocuiește, în absența unei convenții contrare, cu factorul de referință cel mai apropiat”. Astfel, noua reglementare aduce o binevenită completare desemnând un mecanism automat de înlocuire a reperului de stabilire a prețului, pentru a se evita – în funcție de teoria la care ne raliem – constatarea nulității ori anularea contractului. Bineînțeles, în practică nu va fi mereu facil a se stabili care e factorul de referință „cel mai apropiat”, în condițiile în care anumite repere des utilizate nu sunt ușor inter-șanjabile, chiar și atunci când fac parte din aceeași categorie.²⁵

În continuare, o altă normă – art. 1664 – urmează aceeași linie directoare, fiind menită a evita situațiile în care prețul nu e determinat, instituind o serie de prezumții.²⁶ Astfel, în alin. (1), legea asimilează caracterului determinabil al prețului situația în care acesta „poate fi stabilit împrejurărilor”. O asemenea de deschidere, în planul dreptului pozitiv, este destul de largă, lăsând instanței – în eventualitatea unui litigiu – posibilitatea de a stabili (uneori, poate, chiar în mod suveran) prețul datorat de cumpărător, fiind la aprecierea sa a considera ce constituie și ce nu constituie împrejurări relevante în cauză. Totodată, alin. (2) instituie prezumția că, atunci când contractul are ca obiect bunuri pe care le vinde în mod obișnuit, prețul este cel practicat în mod uzual de vânzător. În doctrină s-a arătat că o astfel de prevedere își poate găsi utilitatea – în condițiile inconstanței prețurilor în timp – doar dacă se arată că în aceeași perioadă au fost încheiate contracte similare cu alți cumpărători, la un anumit preț ce poate fi extrapolat.²⁷ În plus, bunurile prezente pe piețe organizate sunt presupuse a fi fost vândute pentru prețul mediu aplicat în ziua încheierii contractului pe piața cea mai apropiată de locul încheierii contractului.

Astfel, aceste trei prezumții aplicabile tuturor subiectelor de drept sunt menite a conferi caracter *determinabil* unor prețuri care nu au fost stabilite expres de părți, în scopul evitării nulității contractului pentru lipsa unui element esențial. Totuși, în ceea ce privește determinarea prețului între profesioniști, Noul Cod Civil merge mai departe – din necesitatea asigurării securității raporturilor dintre ei –, creând o determinabilitate generalizată. În acest sens, la art. 1233 se arată că atunci când contractul între profesioniști nu stabilește expres prețul, nici nu indică modalități pentru a-l determina, „se presupune că părțile au avut în vedere prețul practicat în mod obișnuit în domeniul respectiv pentru aceleași prestații realizate în condiții comparabile sau, în lipsa unui asemenea preț, un preț rezonabil”.

De aceea, se poate afirma că în privința acestor subiecte de drept (profesioniștii) Codul nu lasă nici o posibilitate de a exista un preț nedeterminat ori, mai precis, nu sancționează prin nulitate lipsa determinării prețului. Totuși, trebuie remarcat că cele două prezumții – a prețului obișnuit și cea subsidiară a prețului rezonabil – constituie implicit o „cvasi-sanctiune”, specifică conceptului postmodern de *soft-law*. Pe această cale, se observă pătrunderea în dreptul continental a ecourilor unei viziuni specifice sistemului anglo-american unde nedeterminarea prețului nu atrage nulitatea.²⁸

În condițiile noii reglementări, discuția asupra tipului de nulitate atras de lipsa determinării suficiente a prețului rămâne actuală, măcar la nivel conceptual. Deși între profesioniști este acum imposibil de imaginat o situație în care prețul nu ar putea fi determinat, problema rămâne în raport cu celelalte subiecte de drept. Astfel, conform teoriei clasice – ce pare a avea adepți și în condițiile Noului Cod – se susține că „inexistența în contract a unor elemente prin care prețul să fie determinat sau determinabil duce la nulitatea absolută a contractului pentru lipsa prețului”.²⁹ Pe de altă parte, luând în considerare natura interesului ocrotit – în acest caz unul particular –, în doctrină s-a prezentat și o viziune alternativă, arătându-se că sancțiunea ce ar trebui să intervină e nulitatea relativă. Pe această cale, s-ar permite confirmarea vânzării anulabile de către cel ce e îndrituit să invoce nevalabilitatea contractului³⁰, evitându-se anihilarea sa, fără a lipsi totuși părțile de protecția cuvenită.

Totuși, în ciuda pertinentei argumentelor invocate, sub imperiul actualului art. 1226, alin. (2), credem că – *de lege lata* – nulitatea ce intervine pentru nedeterminare ori nedeterminabilitate a prețului (obiect al obligației) este cea absolută, Noul Cod fiind neechivoc în această priviță.

2.5. Prețul să fie real și serios

Realitatea (sinceritatea) și seriozitatea prețului sunt necesare pentru ca vânzarea să fie valabilă, elemente ce reies – spre diferență de caracterul determinat – din teoria cauzei.³¹ În actualul Cod, cele două condiții sunt reglementate ușor diferit: (a) obligativitatea ca prețul să fie real e stipulată doar în mod negativ, arătându-se că nu e permis un preț fictiv, (b) iar caracterul serios al prețului e cerut atât în mod pozitiv, expres, cât și negativ, interzicându-se derizoriul său.

Astfel, în art. 1665, alin. (1) se arată că „vânzarea este anulabilă atunci când prețul este stabilit fără intenția de a fi plătit”, dezvăluindu-se implicit că prețul va fi real (nefictiv) atunci când el e stabilit cu adevărat pentru a fi cerut de vânzător și, ca urmare, transmis acestuia. *Per a contrario*, două operațiuni camuflate – donația deghizată și disimularea parțială a prețului – vor atrage nulitatea relativă a acestui contract ca vânzare, putând fi menținut sub altă formă acolo unde e cazul.

Pe de altă parte, exigența seriozității prețului e menționată expres la art. 1660, alin. (2) unde se arată că „acesta trebuie să fie serios”, dar și pe cale negativă – la art. 1665, alin. (2) – interzicându-se derizoriul. Astfel, cea din urmă noțiune e definită legal printr-o disproporție atât de mare „față de valoarea bunului, încât este evident că părțile nu au dorit să consimtă la o vânzare”. În raport cu doctrina și practica judiciară anterioară ce arătau că un preț serios e cel care constituie o cauză suficientă a obligației de transmitere a dreptului de proprietate asupra bunului³², actuala reglementare arată că fictivitatea constă într-o neconsimțire a părților la încheierea unui contract de vânzare, neconsimțire ce devine evidentă prin dezechilibrul dintre valoarea bunului și preț. Din acest punct de vedere, luând în calcul că și sub auspiciile Noului Cod caracterul fictiv al prețului rămâne o problemă ce ține de cauză, formularea actuală e total inoportună, inducând mai degrabă ideea că exigența seriozității prețului e legată de consimțământ.

Totuși, chiar și în condițiile unui astfel de preț fictiv, actul juridic poate rămâne valabil ca donație, dacă se dovedește *animus donandi*, intenția de a gratifica, iar cerințele de fond și de formă ale actului sunt îndeplinite.³³

Din alt punct de vedere, cel al sancțiunilor ce vor interveni pentru un preț fictiv sau derizoriu, se poate observa că legiuitorul român și-a asumat concluziile doctrinei³⁴ – critice la ideea necesității unei nulități absolute în acest caz –, arătând că nulitatea incidentă în aceste cazuri este cea relativă, cu consecințe deloc neglijabile: posibilitatea confirmării actului, prescriptibilitatea și îndrituirea de a o invoca doar pentru persoana a cărui interes a fost nesocotit la încheierea contractului.

2.6. Problema prețului lezionar

În doctrină și practică s-a ridicat deseori chestiunea dificilă a valabilității unui preț care să presupună o disproporție vădită între valoarea lucrului și suma de bani efectiv remisă de cumpărător, disproporție care să nu fie într-atât de gravă – totuși – încât să poată fi inclusă sub auspiciile neseriozității prețului. Astfel, s-a sugerat că acest dezechilibru contractual, intitulat generic „leziune”, ar putea fi analizat ca sancționabil din două puncte de vedere: (a) pe linia unei viziuni voluntariste, prezumându-se existența unui viciu de consimțământ *ori* (b) dintr-o perspectivă delictuală, prezumându-se culpa celui care exploatează nevoia, ușurința sau lipsa de experiență a celeilalte părți.³⁵

În reglementarea anterioară, în mod diferit față de dreptul francez, leziunea nu apărea drept cauză de resciziune a vânzării, cu excepția anumitor cazuri referitoare la minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă. Chiar și într-un astfel de context, doctrina și practica judiciară au creat premisele unei sancționări „pretorienne” a prețului lezionar în câteva situații bine determinate. Mai precis, s-a argumentat pe liniile unei teorii voluntariste că o disproporție de prestații – generată ca urmare a faptului că una dintre părți profită de neștiința, ignoranța ori starea de constrângere a celeilalte părți – constituie „leziune” sancționabilă prin raportare la o cauză ilicită.³⁶

Acum, în condițiile Noului Cod, leziunea a fost admisă expres drept o disproporție sancționabilă între prestații, fiind inclusă în categoria viciilor de consimțământ, deși modul în care sunt formulate normele relevante în materie par a trimite – mai degrabă – spre o concepție delictuală. Așadar, art. 1221 diferențiază între două tipuri de leziune: (a) una generală, incidentă doar atunci când a avut loc o anumită „exploatare” a stării celeilalte persoane; (b) una specială, privitoare la minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă, în cazul cărora e suficientă demonstrarea unui dezechilibru considerabil între prestații.³⁷

Astfel, cel dintâi caz de leziune intervine atunci când una dintre părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de cunoștințe a celeilalte părți, obține în favoarea sa – sau a altei persoane – o prestație *considerabil* mai mare decât cea pe care ea o datorează. Așadar, similar cu dreptul civil german – art. 138, alin (2) din BGB –, nu e suficient a se constata un simplu dezechilibru, ci e nevoie să fie demonstrată prezența unor „factori de vicieră”, caz în care un „element de inechitate procedurală” trebuie să însoțească „inadecvarea contractuală”.³⁸

Pe de altă parte, Codul Civil din Quebec e mai schematic nedetaliind în ce constă starea deosebită a celui cu consimțământul viciat, arătând – la art. 1406 – că „disproporția serioasă [între prestații] creează o prezumție de exploatare”,

mecanismul de invocare a leziunii funcționând – drept consecință – în mod diferit, fără a fi necesar a se demonstra pozitiv existența unei „exploatări”.³⁹

Revenind la reglementarea autohtonă, e de remarcat că abuzul trebuie să fi avut loc în mod obligatoriu într-una din cele trei situații prevăzute expres de Cod, el nefiind compatibil cu ipoteza în care cei doi parteneri contractuali sunt profesioniști, chiar și cu forțe inegale.⁴⁰ Astfel, pentru a fi sancționabil, acest tip de leziune privitoare la preț trebuie să îndeplinească două condiții: (a) să depășească jumătate din valoarea prestației promise ori executate de partea lezată și (b) disproporția să subziste până la data introducerii cererii de anulare, în conformitate cu art. 1222, alin. (2).

Cel de-al doilea caz de leziune – privitor la minorul cu capacitate restrânsă de exercițiu – necesită doar dovedirea unei pagube suferite de minor⁴¹, iar nu și abuzul survenit într-una din situațiile arătate anterior. Astfel, conform art. 1221, alin. (3) e suficient ca minorul să își fi asumat o obligație *excesivă* în raport cu starea sa patrimonială, fiind indiferent dacă disproporția de valoare dintre prestații depășește cuantumul indicat în ipoteza precedentă.

Astfel, în ambele cazuri, prețul lezionar se poate referi: (a) fie la o sumă de bani mult prea mare în raport cu valoarea scăzută a lucrului, vătămat fiind cumpărătorul, (b) fie la un quantum prea mic stipulat a fi plătit pentru un lucru de o valoare crescută, lezat fiind vânzătorul. În toate aceste situații, conform art. 1222, partea în defavoarea căreia există disproporția contractuală poate opta atât pentru invocarea nulității relative, cât și a unui remediu alternativ, adică reducerea obligațiilor celui lezat cu valoarea daunelor-interese pe care le-ar putea pretinde în mod justificat. În plus, instanța are posibilitatea de a evita dispariția contractului prin anulare, dacă cealaltă parte oferă în mod echitabil o reducere/majorare a propriei prestații.⁴²

Așadar, analizând aplicabilitatea normelor referitoare la leziune în materia prețului, se poate considera – măcar la nivel teoretic – că Noul Cod e destul de suplu în remediile oferite, neimpunând maldiv soluția distructivă ca unică opțiune la continuarea unui contract profund inechitabil. Pe de altă parte, modul subiectiv în care este conceptualizată leziunea, ca viciu de consimțământ, pare ușor desuet în condițiile în care teoriile moderne preferă o abordare obiectivă ori, cel puțin, oferă o serie de prezumții operative menite a evita necesitatea probării unei „exploatări” a situației în care se afla persoana lezată.

3. Prețul în instrumentele internaționale de drept al contractelor

Elaborarea unui Nou Cod Civil a fost, fără dubiu, necesară în contextul transformărilor conceptuale și dinamicii practicii dreptului privat, fenomene ce marchează în profunzime societatea postmodernă. Astfel, în asumarea unui demers atât de dificil, redactorii reglementării din 2009 nu s-au putut mărgini doar la a consacra pe cale normativă anumite soluții doctrinare și jurisprudențiale din spațiul român sau francofon, cum prea des se procedase anterior. De aceea, dezvoltarea noului codice a presupus – cel puțin la nivel declarativ – raportarea la legislația similară a altor state din arealul euro-american (atât din familia romanistă, cât și din cea a sistemelor de Common Law), dar și la instrumentele de drept internațional larg recunoscute sau la constructe teoretice menite a servi drept reper. În ceea ce privește această din urmă categorie de surse de inspirație pentru redactorii Noului Cod, vom avea în vedere Convenția de la Viena cu privire la Vânzarea Internațională de Mărfuri din 1980 și Principiile Unidroit aplicabile contractelor comerciale internaționale. În acest sens, vom prezenta schematic – din rațiuni ce țin de economia lucrării de față – referirile și soluțiile stipulate de instrumentele menționate referitor la noțiunea de preț, arătând punctele ce s-ar putea dovedi de folos în actuala noastră reglementare.

3.1. Convenția de la Viena

Fără a intra în detalii referitoare la geneza, recunoașterea și evoluțiile doctrinare cu privire la Convenția de la Viena din 1980 (în continuare, CVIM), trebuie să arătăm – totuși – că acest instrument normativ uniform se bucură în clipa de față de o largă acceptare în lumea academică occidentală și în practica juridico-economică globală. Considerată în literatura de specialitate ca „una din poveștile de succes în domeniul unificării internaționale a dreptului privat”⁴³, Convenția s-a impus cu ușurință în fața celorlalte instrumente similare, datorită normelor suplă și posibilității laxă de aplicare în raporturile contractuale.

Având în vedere domeniul ei material de aplicare – vânzarea internațională de mărfuri –, Convenția se remarcă prin tendința de a evita „remediile legale inflexibile și irevocabile”⁴⁴, lucru ușor de observat și în ceea ce privește prețul în contractul de vânzare. Două prevederi aparent contradictorii tratează această noțiune – art. 14 și art. 55 – din care prima sugerează că nu va exista cu adevărat o ofertă – prin urmare, nici contract – din partea cumpărătorului atunci când prețul nu e stabilit explicit ori implicit, iar cea de-a doua arată mijloacele de determinare a prețului atunci când acesta nu e deloc menționat în contract.⁴⁵

În literatura de specialitate s-au purtat adevărate dezbateri cu privire la această „incoerență” a Convenției, însă – în cele din urmă – opinia reputatului specialist John Honnold a dobândit o largă susținere, arătându-se că nu există realmente o contradicție în acest caz, ci e mai degrabă vorba de acomodarea exigențelor specifice mai multor sisteme de drept. Astfel, s-a susținut că art. 14 are în vedere doar criteriile privitoare la ofertă, neextinzându-se asupra contractului propriu-zis. Iar față de validitatea acestuia vor putea fi luate în seamă doar normele naționale și – în consecință – caracterul determinat ori determinabil al prețului va fi analizat ca element fundamental al contractului doar din prisma legislației autohtone, iar nu a Convenției.⁴⁶ Pe această cale, s-a lăsat la latitudinea normelor fiecărui stat a stabili dacă indeterminarea absolută a prețului va antrena nulitatea contractului (precum în majoritatea statelor europene) ori nu (precum în statele unde se aplică sistemul de Common Law).

Astfel, art. 55 din CVIM arată modalitatea de determinare a prețului atunci când nu a fost stipulat în contract pe nici o cale și nici nu s-au stabilit metode în vederea acestui rezultat. Pentru a fi aplicabilă această prevedere e necesară întrunirea a două condiții: (a) contractul dintre părți să fie valid și (b) nu există referințe explicite ori implicite pentru determinarea prețului.⁴⁷ În acest caz, Convenția instituie o prezumție⁴⁸ – sau, după unii autori, o ficțiune juridică⁴⁹ – conform căreia, părțile s-ar fi referit în mod tacit la prețul „practicat în mod obișnuit în momentul încheierii contractului, în ramura comercială respectivă, pentru aceleași mărfuri vândute în împrejurări comparabile”. Așadar, prețul va fi stabilit ulterior – chiar și pe cale judiciară – prin raportare la cel uzual pentru respectivele bunuri⁵⁰, deschizând părților posibilitatea de a evita lipsirea contractului de efecte pentru nedeterminarea acestui element.

Comparând reglementarea cu cea română, se poate observa că legiuitorul nostru național a preluat – pentru raporturile dintre profesioniști – perspectiva profesată de CVIM, preferând să ofere acest remediu decât să aplice sancțiunea nulității, așa cum se întâmplă în multe state europene. Totuși, se poate observa că Noul Cod civil duce permisivitatea Convenției și mai departe, utilizând subsidiar și determinarea prin raportare la un „preț rezonabil”, concepție importată din sistemul de Common Law pe filiera principiilor Unidroit.

3.2. Principiile Unidroit

Unul dintre cele mai apreciate – cel puțin în lumea academică – instrumente privitoare la dreptul contractelor comerciale îl constituie Principiile Unidroit redactate în 1994 de către specialiștii Institutului Internațional pentru Unificarea

Dreptului Privat. După cum s-a evidențiat încă de la apariția lor „obiectivul Principiilor Unidroit este de a stabili un set echilibrat de reguli menite a fi utilizate în întreaga lume, indiferent de tradițiile juridice și de condițiile economice și politice ale țărilor unde vor fi aplicate”.⁵¹

În mare parte, Principiile urmează soluțiile oferite de CVIM, cu adaptări importante pe alocuri, fără a avea – totuși – puterea normativă a acesteia, ele constituindu-se ca un instrument intelectual, ca o codificare de principii internaționale de drept contractual. Astfel, ele vor governa – în principiu – un contract atunci când părțile au ales acest lucru ori când nu sunt aplicabile alte norme, dar vor putea fi utilizate și pentru a completa ori interpreta prevederile de drept internațional și intern. Totodată, Principiile pot fi luate în considerare și ca o manifestare a „principiilor generale de drept” ori a așa-zisei „lex mercatoria” – după cum se arată în Preambul.

Așadar, în ceea ce privește noțiunea de preț și determinarea acestuia în contract, Principiile Unidroit urmează – în linii mari – soluția oferită de CVIM, cu unele adaptări relevante. În acest sens, se remarcă lipsa cerinței primare de a exista un contract „valid încheiat”, considerându-se în doctrină că prin raportare la Convenție, Principiile au rezolvat contradicția aparentă dintre art. 14 și 55, nepăstrând o asemenea formulare.⁵² În rest, prevederea de la art. 5.1.7 este similară, arătându-se că în caz de nedeterminare a prețului ori de stabilire a unor metode, există prezumția – relativă, bineînțeles – că părțile „s-au referit la prețul general stabilit la momentul încheierii contractului pentru prestații executate în circumstanțe comparabile în sectorul comercial în cauză, sau, dacă un asemenea preț nu există, la un preț rezonabil”. Ultima referință, privind un „preț rezonabil” e un adaos util normei corespondente din CVIM, în condițiile în care – de multe ori – nu pot fi identificate foarte clar circumstanțele de pe piață în acel moment, luând în calcul dinamica relațiilor comerciale actuale.

Mai apoi, Principiile arată două cazuri în care se va face din nou apel la criteriul rezonabilității, atunci când prețul trebuie determinat de o parte a contractului iar determinarea e în mod clar nerezonabilă *ori* când el urmează a fi stabilit de un terț. Totodată, se statuează că atunci când trebuie avut în vedere un reper pentru determinarea prețului, iar acesta e inexistent ori inaccesibil, cel mai apropiat element echivalent va acționa ca substitut.

Raportându-ne la reglementarea din Noul Cod, se poate observa că – în mod cert – Principiile Unidroit au constituit o solidă sursă de inspirație, anumite prevederi fiind importate integral. De aceea, în cazul Codului nostru, unul dintre dezideratele exprimate în Preambulul Principiilor a fost împlinit: utilizarea drept model de către legiuitorii naționali și internaționali pentru modernizarea normelor privind contractele.

4. Concluzii

Privind retrospectiv aria normativă analizată, se cuvine mai întâi să observăm că reglementarea actuală a noțiunii de preț satisface – măcar în linii generale – exigențele dreptului postmodern. Folosirea unor Coduri contemporane drept model, precum și a soluțiilor dezvoltate în instrumentele internaționale sunt bine-venite, în contextul în care de aproape două secole sistemul român s-a mulțumit cu un franco-centrism deseori păgubitor, ignorând aproape cu desăvârșire alte paradigme juridice.

Astfel, în câteva puncte importante obsesia voluntaristă a Vechiului Cod a fost cenzurată, iar corectivele de tip „aristotelic” au fost poziționate în așa fel încât să permită o intervenție mai viguroasă a instanței în convenția părților, precum și remedii mai echitabile pentru anumite dezechilibre contractuale. O asemenea abordare poate fi observată și în domeniul noțiunii de preț, unde s-a permis o determinabilitate prin raportare la elemente obiective – situate uneori în afara voinței părților –, iar posibilitatea forului judiciar de a „suplimenta” intenția inițială a contractanților este mai amplă. Deși există o serie de semne serioase de întrebare cu privire la actuala reglementare – care, probabil, vor fi soluționate pe cale pretoriană –, aceasta reprezintă un progres față de cea anterioară, satisfăcând cerințele unei economii dinamice, fără a dovedi – însă – o conceptualizare sistematică și riguroasă.

* Masterand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; horia.ciurtin@gmail.com.

¹ În acest sens, mai pe larg, a se vedea studiul lui J. Gordley, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, în P. Benson (ed.), *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge University Press, Cambridge & New York, 2001, pp. 307 și urm.

² C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Vol. II, ed. a 2-a, Ed. ALL Beck, București, 2002, p. 555.

³ J. Gordley, *op. cit.*, p. 267.

⁴ F. Deak, *Tratat de drept civil: contracte speciale, Vol. I – Vânzarea-cumpărarea. Schimbul*, ed. a 4-a, Ed. Universul Juridic, 2006, București, p. 83.

⁵ I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu (coord.), *Bazele dreptului civil, Vol. IV – Contracte speciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 69-70; F. Deak, *op. cit.*, p. 84.

⁶ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 556.

⁷ F. Deak, *op. cit.*, p. 86.

⁸ I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu (coord.), *op. cit.*, p. 70.

⁹ F. Deak, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 556; I. Dogaru, E. G. Olteanu, L. B. Săuleanu (coord.), *op. cit.*, p. 71.

- ¹¹ F. Deak, *op. cit.*, pp. 90-91.
- ¹² D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Vol. I: Vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 77.
- ¹³ G. Boroș, L. Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 350-351.
- ¹⁴ F. Moțiu, *Contractele speciale – în noul Cod civil*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2010, p. 52.
- ¹⁵ Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *Contractele speciale*, trad. D. Dănișor, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 134.
- ¹⁶ D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil român*, Vol. IV, Tipografia Curții Regale, București, 1926, pp. 173-174.
- ¹⁷ D. Chirică, *op. cit.*, p. 78; F. Deak, *op. cit.*, p. 83.
- ¹⁸ Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 134.
- ¹⁹ D. Chirică, *op. cit.*, p. 80.
- ²⁰ F. Moțiu, *op. cit.*, p. 53; D. Chirică, *op. cit.*, p. 80.
- ²¹ F. Deak, *op. cit.*, pp. 83-84; F. Moțiu, *op. cit.*, p. 54; D. Chirică, *op. cit.*, p. 83.
- ²² F. Moțiu, *op. cit.*, p. 54; F. Deak, *op. cit.*, p. 84.
- ²³ D. Chirică, *op. cit.*, p. 84.
- ²⁴ F. Moțiu, *op. cit.*, p. 54.
- ²⁵ De pildă, în condițiile economiei actuale, în ipoteza utilizării prețului hidrocarburilor ca factor de referință, epuizarea acestora ori încetarea exploatării lor va conduce la reale dificultăți în găsirea unui reper echivalent ori similar. La fel, în situația – absurdă, poate – dispariției unei valute considerate etalon, nu va fi ușor a se stabili care altă valută îndeplinește aceleași criterii avute în vedere de cei doi contractanți pe piața relevantă.
- ²⁶ F. Moțiu, *op. cit.*, p. 55.
- ²⁷ *Ibidem*, p. 55.
- ²⁸ De exemplu, în alin. (2), (3) ale sect. 8 din *Sale of Goods Act 1979* se arată că dacă prețul nu e determinat în nici un fel, cumpărătorul va trebui să plătească un preț rezonabil, urmând a se stabili în funcție de circumstanțele cauzei ce semnifică acest caracter „rezonabil”.
- ²⁹ F. Moțiu, *op. cit.*, p. 55.
- ³⁰ D. Chirică, *op. cit.*, pp. 86-87.
- ³¹ Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, p. 142.
- ³² F. Moțiu, *op. cit.*, p. 57.
- ³³ I. Popa, *Contractul de vânzare-cumpărare: studiu comparativ de doctrină și jurisprudență*, ed. a 2-a, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 305; D. Chirică, *op. cit.*, p. 92.
- ³⁴ Ph. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *op. cit.*, pp. 145-146.
- ³⁵ D. Chirică, *op. cit.*, p. 91.
- ³⁶ F. Deak, *op. cit.*, pp. 90-91; D. Chirică, *op. cit.*, pp. 91-92.
- ³⁷ G. Boroș, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2011, pp. 150-151.
- ³⁸ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, ed. a 2-a, Hart Publishing, Oxford & Portland, 2006, pp. 249 și urm.
- ³⁹ A. Tamba, *Leziunea în contextul Noului Cod Civil. Câteva considerații*, Studia UBB – Iurisprudentia, nr. 3/2011.

- ⁴⁰ I. Turcu, *Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligații (art. 1164-1649). Comentarii și explicații*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 253-254.
- ⁴¹ G. Boroi, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 150.
- ⁴² I. Turcu, *op. cit.*, p. 255.
- ⁴³ P. Huber, A. Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Ed. Sellier, München, 2007, p. 1.
- ⁴⁴ P. Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz Verlag, Vienna, 1986, p. 22.
- ⁴⁵ P. Huber, A. Mullis, *op. cit.*, p. 76.
- ⁴⁶ J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 151 și urm.
- ⁴⁷ G. Eörsi în C. M. Bianca, M. J. Bonnell (eds.), *Commentary on the International Sales Law - The 1980 Vienna Sales Convention*, Ed. Giuffrè, Milan, 1987, p. 406.
- ⁴⁸ P. Schlechtriem, *op. cit.*, p. 81.
- ⁴⁹ G. Eörsi, *op. cit.*, p. 406.
- ⁵⁰ P. Huber, A. Mullis, *op. cit.*, p. 304.
- ⁵¹ International Institute for the Unification of Private Law, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, ediția 2004, p. xv.
- ⁵² J. Ruangvichathorn, *Open-price contracts: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 55 of the CISG*, în J. Felmegeas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 195-196.

RECUNOAȘTEREA HOTĂRÂRILOR STRĂINE ÎN ROMÂNIA POTRIVIT DISPOZIȚIILOR NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ

Sergiu DELEANU*

Résumé : *La reconnaissance des jugements étrangers en Roumanie selon les dispositions du nouveau code de procédure civile. Les dispositions du nouveau code de procédure civile représentent le droit commun des effets en Roumanie des jugements étrangers. Ces dispositions s'appliquent aux jugements des tribunaux, aux décisions des autorités étrangères non judiciaires investies du pouvoir juridictionnel par le droit de leur État, aux actes juridictionnels par lesquels on tranche ou non un litige, aux actes notariaux. En principe, elles concernent les jugements ayant pour objet un rapport de droit privé. Les sentences arbitrales sont soustraites au régime juridique de droit commun des jugements étrangers.*

Le droit commun roumain fait la distinction entre les jugements étrangers qui sont reconnus de plein droit en Roumanie et les jugements étrangers qui font l'objet du contrôle du juge roumain au regard des conditions fixées par le code de procédure civile. Dans ce contexte se pose la question de l'office du juge dans la recherche des conditions de régularité internationale.

Mots clés: Jugement étranger, reconnaissance de plein droit, conditions de la reconnaissance internationale des jugements étrangers, contrôle d'office par le juge de la régularité internationale du jugement étranger

Cuvinte cheie: Hotărâre străină, recunoașterea de plin drept, condițiile recunoașterii hotărârilor străine, verificarea din oficiu de către instanță a condițiilor recunoașterii

1. Noțiunea de hotărâre străină. Corespunzător prevederilor noului cod de procedură civilă, principalele efecte pe care le poate produce o hotărâre străină sunt autoritatea de lucru judecat, forța executorie și puterea doveditoare a actului autentic.

În sensul dispozițiilor privind eficacitatea hotărârilor străine, termenul de hotărâri străine se referă, potrivit art. 1093 C.proc.civ., la actele de jurisdicție contencioasă sau necontencioasă ale instanțelor judecătorești, cele notariale sau ale oricăror autorități competente dintr-un stat nemembru al Uniunii Europene.

Efectele hotărârilor arbitrale străine sunt reglementate distinct, în cuprinsul art. 1123-1132 C.proc.civ. De altminteri, tendința majoritară pe planul dreptului comparat credem că este aceea de a considera că tribunalele arbitrale nu sunt organe de jurisdicție ale statelor pe teritoriul cărora își desfășoară activitatea, arbitrajul având natură contractuală și jurisdicțională.

Formularea de la art. 1093 C.proc.civ. este îmbunătățită față de cea din vechea reglementare, de la art. 165 din Legea nr. 105/1992. Conform art. 165 din Legea nr. 105/1992, termenul de hotărâri străine se referea la actele de jurisdicție ale instanțelor judecătorești, notariatelor sau oricăror autorități competente dintr-un alt stat. Articolul 1093 C.proc.civ. prevede, în mod expres, că sunt vizate actele de jurisdicție necontencioasă, iar actele notariale nu sunt privite ca acte de jurisdicție.

În principal, art. 1093 C.proc.civ. menționează actele de jurisdicție ale instanțelor judecătorești. Denumirea instanței sau a actului de jurisdicție în cauză nu prezintă însemnătate, art. 1093 C.proc.civ. folosind termenul generic de „hotărâre”.

Hotărârile susceptibile să fie recunoscute și executate în România pot să aparțină inclusiv altor autorități competente să desfășoare o activitate jurisdicțională, caracterizată prin respectarea principiului contradictorialității și a dreptului la apărare (de exemplu, hotărârea unei autorități religioase dintr-o țară unde religia produce efecte juridice).

Într-o formulă de ansamblu, credem, pe de altă parte, că pot să fie recunoscute și executate orice acte ale instanțelor judecătorești care pot să producă efecte asupra persoanelor sau a bunurilor, cu privire la drepturi ori obligații ale acestora.¹ Pe o asemenea cale, în sistemul nostru juridic pot să devină eficace acte ce ar avea în România natura unui act de jurisdicție al unei instanțe judecătorești. Aceasta nu înseamnă însă că în țara noastră prevederile referitoare la eficacitatea hotărârilor străine se aplică numai actelor de jurisdicție sau că ele nu ar putea să fie avute în vedere în cazul actelor adoptate în cadrul unei proceduri necontencioase.

Hotărârile străine sunt hotărâri pronunțate de autorități ale unui stat străin, în numele unei suveranități străine. Împrejurarea că respectivul stat străin nu a fost recunoscut de România nu împiedică aplicarea art. 1093 și urm. din cod, întrucât, în esență, ne aflăm aici, pe terenul raporturilor de drept privat. În acest context pot să fie reiterate în favoarea soluției arătate argumentele care justifică, în cadrul dreptului internațional privat, aplicarea legilor unui stat nerecunoscut de către țara forului².

Articolul 1093 C.proc.civ. precizează, în plus, că hotărârile străine aparțin unui „stat nemembru al Uniunii Europene”. Această expresie este susceptibilă de rezerve, deoarece dispozițiile din cod reprezintă dreptul comun în materia

recunoașterii și a executării hotărârilor străine. Prin urmare, nu este exclus ca reglementări subsumate titlului referitor la eficacitatea hotărârilor străine să se aplice unei hotărâri dată într-un stat care face parte din Uniunea Europeană. De exemplu, Regulamentul (U.E.) nr. 44/2001 se aplică doar în materie civilă și comercială – potrivit accepțiunii autonome a acestei sintagme – iar, în această materie, art. 1 din regulament operează o serie de limitări. Apoi, în materia civilă și comercială, dispozițiile privind recunoașterea hotărârilor pronunțate în statele membre nu includ aspectele referitoare la forța lor probantă. În ceea ce privește însă prevederile codului de procedură civilă, se poate observa, de pildă, în mod punctual, că art. 1107 vizează forța probantă a hotărârilor străine, iar art. 1108 se referă, în mod specific, la recunoașterea și executarea în România a hotărârilor străine prin care se stabilesc obligații decurgând dintr-o lege fiscală străină.

În principiu, în acord cu art. 1064 C.proc.civ., care se referă la ansamblul dispozițiilor consacrate cărții a VII-a din cod, hotărârile străine avute în vedere sunt cele din domeniul dreptului privat. Articolul 1108 C.proc.civ. reprezintă, totuși, o excepție notabilă de la această regulă, textul fiind expresia solidarității internaționale între state, întrucât este de natură să împiedice folosirea teritoriului român ca refugiu pentru cei care au obligații fiscale rezultând dintr-o lege străină.

Calificarea materiei ca fiind de drept privat sau de drept public se realizează conform legii române, fiind firesc ca statul solicitat să decidă care sunt hotărârile străine eficace pe teritoriul său.

Hotărârile care pot să fie recunoscute și executate în țara noastră sunt inclusiv cele a căror efectivitate este *rebus sic stantibus* (de exemplu, art. 1105 alin. (3) C.proc.civ. privește executarea hotărârii străine stabilind o obligație alimentară care, datorită schimbării circumstanțelor de fapt, se poate modifica).

2. Recunoașterea hotărârilor străine. Prin recunoașterea unei hotărâri străine, situația juridică pe care aceasta o consacră este acceptată în cadrul statului luat în considerare, ceea ce înseamnă că autoritățile respectivului stat vor ține seama de drepturile și obligațiile părților aidoma împrejurării în care ele ar fi constatate sau stabilite de o autoritate națională.³

În literatura noastră de specialitate, recunoașterea hotărârilor străine este analizată în contextul examinării efectelor hotărârilor străine.⁴

În cuprinsul prevederilor din codul nostru de procedură civilă se distinge între recunoașterea de plin drept (art. 1094 C.proc.civ.) și recunoașterea prin hotărâre judecătorească a instanței române (art. 1095-1096 C.proc.civ.).

Corespunzător art. 1094 C.proc.civ., hotărârile străine sunt recunoscute de plin drept în România, dacă se referă la statutul personal al cetățenilor statului unde au fost pronunțate sau dacă, fiind pronunțate într-un stat terț, au fost recunoscute

mai întâi în statul de cetățenie al fiecărei părți ori, în lipsă de recunoaștere, au fost pronunțate în baza legii determinate ca aplicabilă potrivit dreptului internațional privat român, nu sunt contrarii ordinii publice de drept internațional privat român și a fost respectat dreptul la apărare.

În cazul recunoașterii prin hotărâre judecătorească, potrivit art. 1095 alin. (1) C.proc.civ., hotărârea străină beneficiază în România de autoritatea lucrului judecat. Existând însă două moduri de recunoaștere a hotărârilor străine se poate pune problema de a preciza dacă recunoașterea de plin drept produce sau nu același efect.

În ceea ce ne privește, credem că hotărârea străină este, în principiu, efectivă de la momentul pronunțării ei. Legea instanței sesizate se aplică inclusiv autorității de lucru judecat.

Verificarea concretă a efectelor legale ale unei asemenea hotărâri în țara noastră va interveni însă ulterior, pe cale principală sau incidentă.

Astfel, partea care a pierdut procesul poate face în fața instanței române o cerere în contestarea valabilității hotărârii invocând unul dintre motivele de la art. 1094 C.proc.civ., precum și, în opinia noastră, pentru motive de la art. 1095 și 1096 C.proc.civ. (de exemplu, instanța care a pronunțat hotărârea nu a fost competentă; hotărârea este inconciliabilă cu o hotărâre pronunțată anterior ei în străinătate și susceptibilă de a fi recunoscută în România; hotărârea poate face obiectul unei căi de atac în statul în care a fost pronunțată).

Motivele de la art. 1095 și 1096 C.proc.civ. urmează să fie înțelese în corelație cu prevederile art. 1094 C.proc.civ.

În unele situații, dispoziții ale art. 1095 sau 1096 C.proc.civ. explicitează reglementări ale art. 1094 C.proc.civ.

De exemplu, se poate considera că a fost încălcată ordinea publică de drept internațional privat român, în sensul art. 1094 C.proc.civ., ținând seama de reperatele oferite în cadrul art. 1096 alin (1) lit. a) C.proc.civ.

Ordinea publică de drept internațional privat român poate să fie încălcată și în împrejurarea în care hotărârea este inconciliabilă cu o hotărâre pronunțată anterior ei în străinătate (în condițiile în care, de pildă, ambele instanțe străine au dat hotărârea pe baza legii care este aplicabilă conform dreptului internațional privat român). În această eventualitate, hotărârea străină este însă lipsită de eficacitate *a priori*, fără să fie analizat conținutul acesteia în raport cu exigențele ordinii publice.

Terțul, dacă justifică un interes, poate, de asemenea, să pună în discuție, pe calea unei acțiuni principale, inopozabilitatea față de el a respectivei hotărâri.

După părerea noastră, chiar partea care a câștigat procesul ar putea solicita verificarea hotărârii străine pentru a-și asigura astfel securitatea juridică.

Din același motiv, terțul care justifică un interes se poate adresa instanței de judecată române referitor la o hotărâre străină care îl avantajează.

Controlul hotărârii străine poate să aibă loc și pe cale incidentă. Aceasta poate interveni dacă se invocă o excepție cu privire la eficacitatea hotărârii străine de către partea interesată sau de către instanță din oficiu.

În cazul recunoașterii prin hotărâre judecătorească a instanței române se solicită întrunirea condițiilor de la art. 1095 C.proc.civ.

Conform art. 1095 C.proc.civ.:

(1) Hotărârile referitoare la alte procese decât cele prevăzute la art. 1094 C.proc.civ. pot fi recunoscute în România, spre a beneficia de autoritatea lucrului judecat, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: a) hotărârea este definitivă potrivit legii statului unde a fost pronunțată; b) instanța care a pronunțat-o a avut, potrivit legii statului de sediu, competența să judece procesul fără însă a fi întemeiată exclusiv pe prezența pârâtului ori a unor bunuri ale sale fără legătură directă cu litigiul în statul de sediu al respectivei jurisdicții; c) există reciprocitate în ceea ce privește efectele hotărârilor străine între România și statul instanței care a pronunțat hotărârea.

(2) Dacă hotărârea a fost pronunțată în lipsa părții care a pierdut procesul, ea trebuie să constate, de asemenea, că părții în cauză i-a fost înmănată în timp util atât citația pentru termenul de dezbateri în fond, cât și actul de sesizare a instanței și că i s-a dat posibilitatea de a se apăra și de a exercita calea de atac împotriva hotărârii.

(3) Caracterul nedefinitiv al hotărârii străine, decurgând din omisiunea citării persoanei care nu a participat la proces în fața instanței străine, poate fi invocat numai de către acea persoană.

Potrivit art. 1096 C.proc.civ.:

(1) Recunoașterea hotărârii străine poate fi refuzată pentru oricare dintre următoarele cazuri: a) hotărârea este manifest contrară ordinii publice de drept internațional privat român; această incompatibilitate se apreciază ținându-se seama, în special, de intensitatea legăturii cauzei cu ordinea juridică română și de gravitatea efectului astfel produs; b) hotărârea pronunțată într-o materie în care persoanele nu dispun liber de drepturile lor a fost obținută cu scopul exclusiv de a sustrage cauza incidenței legii aplicabile conform dreptului internațional privat român; c) procesul a fost soluționat între aceleași părți printr-o hotărâre, chiar nedefinitivă, a instanțelor române sau se află în curs de judecare în fața acestora la data sesizării instanței străine; d) este inconciliabilă cu o hotărâre pronunțată

anterior ei în străinătate și susceptibilă de a fi recunoscută în România; e) instanțele române aveau competența exclusivă pentru judecarea cauzei; f) a fost încălcat dreptul la apărare; g) hotărârea poate face obiectul unei căi de atac în statul în care a fost pronunțată.

(2) Recunoașterea nu poate fi refuzată pentru singurul motiv că instanța care a pronunțat hotărârea străină a aplicat o altă lege decât cea care ar fi fost determinată de dreptul internațional privat român, afară numai dacă procesul privește starea civilă și capacitatea unui cetățean român, iar soluția adoptată diferă de cea la care s-ar fi ajuns potrivit legii române.

Mai multe prevederi ale art. 1095 și 1096 C.proc.civ. se înscriu în cadrul tendinței liberale ce poate să fie remarcată pe plan european referitor la recunoașterea hotărârilor străine: instanța română nu verifică procedura urmată în străinătate în integralitatea acesteia; instanța română nu poate să examineze în fond hotărârea străină, cu excepția verificării condițiilor prevăzute la art. 1095 și 1096 C.proc.civ., nici să procedeze la modificarea ei (art. 1097 C.proc.civ.); în principiu, recunoașterea nu poate să fie refuzată pentru singurul motiv că instanța a aplicat o altă lege decât cea care ar fi fost determinată de dreptul internațional privat român (art. 1096 alin. (2) C.proc.civ.).

În schimb, menținerea condiției reciprocității, în cuprinsul art. 1095 alin. (1) lit. c) C.proc.civ., credem că este regretabilă, chiar dacă se acceptă că este o reciprocitate de fapt.⁵ Ignorarea drepturilor unor particulari, care, prin cetățenie sau naționalitate, ar putea chiar să nu aparțină statului străin unde a fost pronunțată hotărârea, n-ar trebui să fie pusă în relație directă cu facilitarea circulației internaționale a hotărârilor date în România.

Prima condiție prevăzută în cadrul art. 1095 alin. (1) lit. a) C.proc.civ. este ca hotărârea străină să fie definitivă. Verificarea se realizează pe baza legii statului unde a fost pronunțată hotărârea. Legea statului căruia îi aparține instanța de judecată determină căile de atac care pot să fie folosite, termenele în care acestea pot să fie exercitate, efectele exercitării unei căi de atac. Dovada caracterului definitiv al hotărârii se face cu ajutorul acesteia sau, în lipsa unei mențiuni corespunzătoare în cuprinsul ei, prin interpretarea dispozițiilor legii de procedură a instanței care a pronunțat-o.

În opinia noastră, în cazul revizuirii hotărârii străine recunoscută anterior în România, recunoașterea devine caducă de plin drept, căci, altminteri ar trebui să admitem cerința unei revizuiri și a hotărârii de recunoaștere, ceea ce ar fi anacronic.

Conform celei de a doua condiții, instanța care a dat hotărârea trebuie să fi avut, potrivit legii statului de sediu, competența să judece procesul (art. 1095 alin. (1) lit. b).

Privitor la această cerință, în doctrina noastră a fost exprimat, în legătură cu dispoziții similare ale Legii nr. 105/1992, atât punctul de vedere corespunzător căruia competența de a judeca procesul se referă la justificarea *in globo* a jurisdicției statului de unde provine hotărârea, nu a unei instanțe determinate,⁶ cât și ideea că ar fi vorba de competența de drept internațional privat a instanței respective și de competența de drept intern a aceleiași instanțe, deoarece legea nu distinge, referindu-se la competența de a judeca procesul, ceea ce înseamnă competența sub ambele aspecte.⁷

După părerea noastră, instanța română verifică competența de drept internațional privat a instanței străine, întrucât competența de drept intern constituie o chestiune care se rezolvă în cadrul sistemului judiciar al fiecărui stat. Instanța străină își desfășoară activitatea pe baza altor reguli procedurale și ar fi excesiv să se solicite unei instanțe române să verifice aplicarea acestora.

În situații specifice, se poate pune însă problema lipsei „puterii de jurisdicție” a unei autorități străine (de exemplu, a unei autorități administrative).

Firește, recunoașterea hotărârii străine poate fi refuzată, dacă instanțele române aveau competența exclusivă pentru judecarea cauzei (art. 1096 alin. (1) lit. e) C.proc.civ.).

Competența instanței străine nu poate să fie întemeiată exclusiv – după cum afirmă textul analizat – pe prezența pârâtului ori a unor bunuri ale sale fără legătură directă cu litigiul în statul de sediu al respectivei jurisdicții (art. 1095 alin. (1) lit. b) *in fine*).

Aceste prevederi credem că sunt inspirate de mai multe motive: buna administrare a justiției, respectarea drepturilor pârâtului, evitarea sesizării frauduloase a unei instanțe străine ș.a.

Aplicarea dispozițiilor arătate va depinde de natura cauzei și de unul sau mai multe dintre criteriile folosite în contextul conflictelor de jurisdicții.

În circumstanțele în care competența internațională a instanțelor române este stabilită pe baza criteriului sau a criteriilor reținute și de instanța străină, recunoașterea hotărârii străine poate să fie mai lesne acceptată. Criteriile care fundamentează regulile de competență internațională sunt eterogene și pot să fie regăsite în cadrul aceleiași categorii de reguli de competență.

Legătura litigiului cu statul de sediu al instanței străine poate, totuși, să existe, chiar dacă concepția adoptată de dreptul român este diferită.

Corespunzător celei de a treia condiții se solicită să existe reciprocitate în ceea ce privește efectele hotărârilor străine între România și statul instanței care a pronunțat hotărârea (art. 1095 alin. (1) lit.c). Această cerință constituie o constantă în cadrul dispozițiilor referitoare la recunoașterea hotărârilor străine în legislația și în jurisprudența română a ultimelor decenii și se admite că este suficient să se constate o reciprocitate de fapt, fără să intereseze dacă și condițiile practicate prezintă similitudine. În consonanță cu prevederile art. 2561 C.civ. care stipulează că, în cazul în care pentru aplicarea legii străine se cere condiția reciprocității de fapt, îndeplinirea ei este prezumată până la dovada contrară, credem că ar trebui să se aplice aceeași soluție și în materia analizată, până la momentul înlăturării acestei cerințe din dreptul nostru.

Art. 1095 alin. (2) C.proc.civ. vizează situația specifică în care hotărârea străină a fost pronunțată în lipsa părții în care a pierdut procesul.

Această situație este în legătură cu respectarea dreptului la apărare și cu posibilitatea de a exercita calea de atac împotriva hotărârii.

Procedura de citare se realizează potrivit legii statului unde se află sediul instanței străine.

Informarea părții care a pierdut procesul trebuie să fie însă reală și corespunzătoare, pentru ca hotărârea să nu fie contrară ordinii publice de drept internațional privat român.

Dreptul la apărare este un drept care face parte din ordinea publică, fiind un drept procesual fundamental și immanent. Totuși, exercitarea lui efectivă rămâne la dispoziția părții titulare a acestui drept. De aceea, alineatul 3 al art. 1095 C.proc.civ. reglementează excepția caracterului nedefinitiv al hotărârii străine, decurgând din omisiunea citării persoanei care nu a participat la proces în fața instanței străine, ca o excepție procedurală relativă ce nu poate să fie invocată din oficiu de către instanța română sesizată, ci numai de acea persoană.

În procedura necontencioasă nu există o „parte adversă”, fiind citată numai partea care a formulat cererea. Așadar, în această ipoteză nu se poate considera că este încălcată ordinea publică de drept internațional privat român.

Chiar într-o procedură contencioasă, ordinea publică nu este încălcată, dacă legea străină admite inițierea acesteia fără citarea părții, cu condiția ca, în ansamblul procedurii, partea să aibă însă posibilitatea să își exercite dreptul la apărare.

Informarea corespunzătoare a părții care a pierdut procesul este avută în vedere și în etapele procedurale ulterioare, inclusiv cu privire la hotărârea care a fost pronunțată, ceea ce îi permite să exercite căile de atac împotriva ei.

De exemplu, în jurisprudența CEDO s-a reținut că în împrejurarea în care persoana citată nu a fost informată asupra motivelor înfățișării în fața tribunalului străin, nu a avut posibilitatea să consulte unele dintre piesele de la dosar și nu a fost informată de tribunal asupra posibilității de a fi asistată de un avocat, ea fiind chemată la interogatoriu, au fost încălcate prevederile referitoare la dreptul la un proces echitabil.⁸

Pentru a-și pregăti apărarea și pentru ca hotărârea să nu fie pronunțată în lipsă, părții trebuie să îi fie înmănată citația privitoare la termenul de dezbateri în fond și actul de sesizare a instanței „în timp util”. Această sintagmă credem că nu este înțeleasă în funcție de prevederile legii statului de sediu al instanței străine, ci având în vedere circumstanțele concrete ale cauzei, fiind vorba de o chestiune de fapt, care rămâne la aprecierea instanței române.

În scopul asigurării efectivității dreptului la apărare, opinăm că termenul „util” începe să curgă de la momentul la care partea în cauză a luat cunoștință de citație și de actul de sesizare a instanței.

Pe de altă parte, considerăm că exigența care se referă la posibilitatea exercitării căii de atac împotriva hotărârii este îndeplinită în eventualitatea în care hotărârea străină a fost comunicată persoanei în cauză într-o formă echivalentă celei prevăzute de legea română sau chiar într-o formă neregulată, care i-a asigurat șansa rezonabilă de a o cunoaște.

Recunoașterea hotărârii străine poate să fie refuzată pentru oricare dintre motivele arătate la art. 1096 C.proc.civ. Problema compatibilității hotărârii cu ordinea publică de drept internațional privat român este posibil să suscite cele mai multe dificultăți în practică (art. 1096 alin. (1) lit. a) C.proc.civ.).

Articolul 1097 C.proc.civ. interzice instanței române să procedeze la examinarea în fond a hotărârii străine sau la modificarea ei, cu excepția verificării condițiilor prevăzute la art. 1095 și 1096 C.proc.civ.

Verificarea compatibilității hotărârii străine cu ordinea publică de drept internațional privat român se va realiza însă ținând seama atât de raporturile juridice de drept material, cât și de cele de drept procesual.

Aplicarea de către instanța străină a unei alte norme conflictuale decât cea prevăzută de dreptul internațional privat român și, pe cale de consecință, a unei alte legi nu permite, în principiu, invocarea ordinii publice de drept internațional privat român (art. 1096 alin. (2) C.proc.civ.). Această linie de gândire rămâne pertinentă chiar dacă norma conflictuală română ar fi trimis la legea română, iar norma conflictuală aplicată de instanța străină a determinat luarea în considerare a unei legi străine, soluțiile pe fond la care conduc cele două legi fiind diferite. În termenii textului analizat, un asemenea „singur motiv” nu justifică refuzul recunoașterii

hotărârii străine. Totuși, respectarea drepturilor câștigate într-o țară străină își află limitele în concepția din România asupra ordinii publice de drept internațional privat.

O situație diferită este aceea în care procesul privește starea civilă și capacitatea unui cetățean român. În ipoteza arătată, recunoașterea hotărârii străine poate să fie refuzată pentru motivul că „soluția adoptată diferă de cea la care s-ar fi ajuns potrivit legii române”(art. 1096 alin. (2) *in fine* C.proc.civ.).

Evident, în unele împrejurări, reglementările legale străine și rezultatul aplicării acestora pot să fie contrare ordinii publice de drept internațional privat român. Hotărâtor este însă, corespunzător art. 1096 alin. (1) lit. a) C.proc.civ. și a art. 2564 alin. (2) C.civ., efectul sau rezultatul produs. Așadar, aplicarea de către instanța străină a unei norme conflictuale diferită față de cea română nu permite, ca atare, invocarea ordinii publice de drept internațional privat român, întrucât, uneori, norme conflictuale diferite trimit la aceeași lege. Nici aplicarea unei legi diferite față de cea indicată de norma conflictuală română nu permite totdeauna invocarea ordinii publice de drept internațional privat român, deoarece rezultatul obținut ar putea să fie echivalent celui la care s-ar fi ajuns conform legii române.

În materia stării civile și a capacității, cetățenia română reprezintă un criteriu suficient pentru a decide că există o legătură strânsă a cauzei cu ordinea juridică română. Ne putem însă întreba dacă este suficient ca soluția adoptată în străinătate să se deosebească față de cea determinată de legea română pentru a fi invocată această excepție.

După părerea noastră, în pofida textului analizat, acest singur motiv nu este pe deplin satisfăcător întrucât: noțiunea de ordine publică este imprecisă; conținutul ordinii publice se poate modifica în timp; decisiv este rezultatul la care se ajunge prin aplicarea unei legi străine; nici în materia stării și capacității persoanei fizice nu lipsesc dispozițiile prin care este favorizată valabilitatea operațiunilor juridice.

Prin urmare, instanța română nu ar putea să se mărginească să constate existența unei soluții diferite față de cea la care s-ar fi ajuns pe baza legii române, ci va trebui să verifice dacă acea soluție este sau nu compatibilă cu principiile fundamentale care dau substanță ordinii publice de drept internațional privat român.

O instituție juridică necunoscută în dreptul român, luată în considerare în cadrul unei hotărâri judecătorești străine a cărei executare se cere în România, nu contravine, datorită simplului fapt că este necunoscută dreptului forului, ordinii publice de drept internațional privat român. Ea poate contraveni acestei ordini publice numai dacă, pe fond, încalcă principiile fundamentale de drept ale statului

forului.⁹ Uneori se poate observa că prin instituții proprii, naționale, se poate ajunge la același rezultat ca și în cazul efectelor instituțiilor juridice necunoscute de legea forului.

Ordinea publică este actuală în sensul că, dacă între momentul pronunțării hotărârii străine și cel al recunoașterii ei în România, conținutul ordinii publice de drept internațional privat român s-a modificat, se va lua în considerare ordinea publică de la momentul judecării cauzei. Hotărârea judecătorească trebuie să reflecte valorile intangibile care există la momentul pronunțării ei în statul căruia îi aparține instanța, în țara forului fiind lipsit de interes să fie invocate principii de drept revolute.

În situația în care conținutul ordinii publice se modifică între momentul introducerii cererii de recunoaștere a hotărârii străine și cel al pronunțării hotărârii de către instanța română, conform caracterului actual al ordinii publice, instanța va avea în vedere momentul închiderii dezbaterilor în fond, deoarece criteriile ordinii publice sunt opozabile nu doar părților, ci și instanței.

Ordinea publică fiind un concept dinamic, vor fi luate în considerare criteriile operante până la momentul la care hotărârea judecătorească devine definitivă. După acest moment, chiar dacă ordinea publică s-ar fi schimbat, nu poate să fie pusă în discuție valabilitatea hotărârii instanței, pentru că s-ar înfrânge astfel autoritatea de lucru judecat a acelei hotărâri.

Caracterul actual al ordinii publice credem că trebuie să fie avut în vedere inclusiv în cadrul art. 1094 C.proc.civ. referitor la hotărârile străine care sunt recunoscute de plin drept în România, cu unele nuanțări.

În dreptul român, funcționarul public care îndeplinește prerogative administrative, nefiind asimilabil unui organ de jurisdicție și nedesfășurând o activitate jurisdicțională, nu are puterea să aprecieze, în raport cu criteriile de ordine publică, eficacitatea hotărârilor judecătorești străine ce i se prezintă, el reținând numai dacă sub aspect formal acea hotărâre poate sta la baza efectuării operației administrative.

Considerăm însă că, după caz, în eventualitatea în care funcționarul refuză să aplice hotărârea instanței străine, partea interesată sau autoritatea administrativă căreia îi aparține funcționarul ar putea cere instanței române să se pronunțe asupra acestui incident, prilej cu care instanța va putea stabili dacă hotărârea este conformă ordinii publice de la momentul judecării litigiului respectiv.

După cum am menționat, dispozițiile legale care se referă la ordinea publică de drept internațional privat român privesc atât raporturile juridice de drept material, cât și pe cele de drept procesual. Prevederile legale consacrate ordinii publice stabilesc, în mod abstract, posibilitatea invocării acestora sau se

referă la conținutul ei concret. Valorificarea unor asemenea dispoziții de către organele de jurisdicție permite precizarea conținutului ordinii publice.

Articolul 2564 C.civ. oferă câteva repere fundamentale pentru înțelegerea noțiunii de ordine publică de drept internațional privat român.

Corespunzător acestui text, ordinea publică de drept internațional privat român poate să fie invocată în situația în care s-ar produce un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului.

Potrivit formulei consacrată în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, prin tratatele comunitare a fost instituită o ordine juridică proprie, integrată sistemului juridic al statelor membre.¹⁰ Așadar, regulile de ordine publică din dreptul Uniunii Europene se alătură celor din dreptul român. În temeiul principiului priorității dreptului Uniunii Europene, regulile de ordine publică europene se aplică cu întâietate. Ele pot să vizeze însă nu numai raporturi juridice care s-au născut, modificat ori stins într-un stat membru, ci, deopotrivă, raporturi juridice născute, modificate ori stinse într-o țară terță.

În ceea ce privește drepturile fundamentale ale omului, acestea constituie conform preambulului Convenției Europene a Drepturilor Omului – integrată în țara noastră blocului de constituționalitate (art. 20 alin. (2) din Constituția României) – „temelia însăși a justiției și a păcii în lume”, iar, potrivit art. 1 al Convenției, statele membre le recunosc oricărei persoane aflate sub jurisdicția lor. Ținând seama de aceste prevederi cu caracter general din cadrul Convenției Europene a Drepturilor Omului și din cuprinsul art. 2564 C.civ., de legăturile existente cu dreptul Uniunii Europene și cu dispozițiile din Constituția României, credem că poate să fie afirmată valoarea intangibilă a drepturilor fundamentale ale omului ca „temelie” imanentă a statului de drept și a unei societăți democratice europene, atât în raporturile cu statele contractante, cât și referitor la hotărârile pronunțate în țări terțe, care ar urma să fie recunoscute în statul român.

Conform termenilor art. 1096 alin. (1) lit. a) C.proc.civ., recunoașterea hotărârii străine poate fi refuzată dacă aceasta este „manifest” contrară ordinii publice de drept internațional privat român. Textul arată că recunoașterea hotărârii străine nu poate să fie refuzată pentru orice contrarietate a ei cu ordinea publică. Ceea ce este însă „manifest”, evident, pentru o anumită instanță de judecată ar putea să rămână nesensizat sau discutabil pentru alta. Prevederile în discuție oferă două criterii de analiză în acest context: intensitatea legăturii cauzei cu ordinea juridică română și gravitatea efectului produs. Ele nu înlătură neajunsurile care pot să apară în practică datorită aspectelor de ordin subiectiv.

Intensitatea legăturii cauzei cu ordinea juridică română credem că se analizează, pe fond, mai ales în funcție de elementele specifice fiecărei materii. De exemplu, în cadrul dreptului european al concurenței are relevanță locul unde se pot produce efectele anticoncurențiale sau unde s-au desfășurat comportamentele care aduc atingere concurenței.

Delimitarea pieței pe care se pot ivi consecințele negative în domeniul concurenței poate să necesite, totuși, o examinare complexă pe fond, care implică elemente juridice și economice. De aceea, aspectele reținute în cauză ar putea să nu fie de netăgăduit.

De asemenea, analizarea gravității efectului produs (sau care ar putea să apară) nu este, în unele situații, de ordinul evidenței. De pildă, se poate susține că fixarea prețurilor sau repartizarea piețelor constituie comportamente ale întreprinderilor care pot să aibă consecințe negative pronunțate în domeniul concurenței, dar aplicarea acestor idei – acceptate îndeobște fără obiecții – să pună, în practică, probleme deosebite.

Criteriul intensității legăturii cauzei cu ordinea juridică română are o semnificație redusă în cazul raporturilor de drept procesual, întrucât nesocotirea garanțiilor fundamentale în această materie, ignorarea dreptului la un proces echitabil, determină invocarea ordinii publice. Exigențele ordinii publice trebuie să se realizeze însă în ansamblul procedurii.

Termenii utilizați în cuprinsul art. 1096 alin. (1) lit. a) C.proc.civ. nu ar trebui să conducă, totuși, la integrarea, în cadrul ordinii juridice române, a unor hotărâri străine care nesocotesc principiile noastre fundamentale de drept, aplicabile în contextul circulației internaționale a acestor hotărâri, nici să permită interpretările aleatorii sau arbitrare.

Recunoașterea hotărârii străine poate să fie refuzată și pentru motivul că ea a fost obținută, într-o materie în care persoanele nu dispun liber de drepturile lor, cu scopul exclusiv de a sustrage cauza incidenței legii aplicabile conform dreptului internațional privat român (art. 1096 alin. (1) lit. b) C.proc.civ.).

În cadrul reglementărilor anterioare, art. 168 pct. 1 din Legea nr. 105/1992 prevedea că recunoașterea poate fi refuzată dacă hotărârea este rezultatul unei fraude în procedura urmată în străinătate.

Dispozițiile art. 1096 alin. (1) lit. b) C.proc.civ. trebuie înțelese în corelație cu cele ale alineatului 2 din cuprinsul aceluiași articol.

După cum am văzut, aplicarea de către instanța străină a unei alte legi decât cea care ar fi fost determinată de dreptul internațional privat român nu poate justifica, în principiu, refuzul recunoașterii hotărârii străine (art. 1096 alin. (2) C.proc.civ.).

Recunoașterea hotărârii străine poate să fie însă refuzată dacă legea aplicabilă a devenit competentă prin fraudă. În fața instanței de judecată română fraudarea legii este sancționată atât în situația în care se pune problema aplicării unei legi care a devenit astfel competentă (art. 2564 alin. 1 C.civ.), cât și în cazul în care hotărârea străină a fost pronunțată prin fraudarea regulilor de competență internațională.

Sub aspectul analizat, nu prezintă importanță dacă legea obișnuit competentă era legea română sau o lege străină, întrucât ceea ce se sancționează este, în toate ipotezele, intenția frauduloasă a părții sau a părților la un raport juridic. Situația nu se modifică în circumstanțele în care hotărârea străină a fost dată prin aplicarea frauduloasă a legii române, deoarece adagiul *fraus omnia corrumpit* este menit să asigure în toate împrejurările loialitatea raporturilor juridice, preceptele morale ale dreptului nefiind divizibile.

Modificarea unei situații juridice, datorită schimbării legii aplicabile, nu echivalează cu o fraudare a legii. Recunoașterea hotărârii străine poate să fie însă refuzată dacă înlăturarea prevederilor legale imperative care se aplicau în mod obișnuit nu constituie o simplă consecință a modificării situației juridice, ci chiar scopul care a fost avut în vedere, celelalte efecte juridice ale acestei schimbări fiind lipsite de semnificație.

Aplicarea unei legi diferite față de cea determinată potrivit dreptului internațional privat român poate să fie realizată prin schimbarea, în scop fraudulos, a punctului de legătură a normei conflictuale care este luată în considerare sau prin fraudarea regulilor de competență internațională, cu intenția de a se ajunge, prin intermediul normei conflictuale a instanței sesizate, la un rezultat diferit față de cel urmărit în cadrul dreptului internațional privat român. Prin urmare, noțiunea de fraudare a legii trebuie înțeleasă în sens larg, impunându-se sancționarea fraudării regulilor de drept internațional privat român care au relevanță pentru determinarea legii aplicabile.

Global, pe tărâmul conflictelor de jurisdicții, fraudarea legii credem că este însă diluată, în contextul noilor noastre prevederi de procedură civilă, în alte cazuri care justifică refuzul recunoașterii unei hotărâri străine, cum sunt cele de la art. 1095 alin. (1) lit. b) și alin. (2) C.proc.civ. sau de la art. 1096 alin. (1) lit. a), c), d)-f) C.proc.civ.

Un alt motiv pentru care poate fi refuzată recunoașterea hotărârii străine este acela că procesul a fost soluționat între aceleași părți printr-o hotărâre, chiar nedefinitivă, a instanțelor române sau se află în curs de judecare în fața acestora la data sesizării instanței străine (art. 1096 alin. (1) lit. c) C.proc.civ.).

Aceste prevederi constituie o aplicare a adagiului *prior tempore potior iure*. Dacă procesul a fost deja soluționat de o instanță română, hotărârea străină nu va fi recunoscută în România, indiferent care ar fi data sesizării instanței române și a celei străine. Chiar în eventualitatea sesizării ulterioare a instanței române, aceasta poate să considere că nu se aplică dispozițiile privind litispendența internațională sau cele referitoare la conexitatea internațională. Invocarea acestor excepții depinde de partea interesată, iar suspendarea judecării sau dezinvestirea instanței sunt supuse aprecierii organului de jurisdicție român.

Securitatea raporturilor juridice este afectată inclusiv în situația în care hotărârea străină ar fi compatibilă cu cea pronunțată de instanța română. În orice caz, existența unei hotărâri a instanței române este suficientă pentru a nu se mai pune problema verificării condițiilor de regularitate internațională a hotărârii străine.

În ipoteza în care cauza se află în curs de judecare în fața instanței române la data sesizării instanței străine, adagiul *prior tempore potior iure* se aplică în funcție de data sesizării celor două instanțe.

Sub forma unui motiv autonom, codul nostru de procedură civilă reține ca temei ce poate justifica refuzul recunoașterii hotărârii străine, inconciliabilitatea acesteia cu o hotărâre pronunțată anterior ei în străinătate și susceptibilă de a fi recunoscută în România (art. 1096 alin. (1) lit. d) C.proc.civ.). Două hotărâri inconciliabile nu pot să coexiste în țara noastră. Cu aspectele specifice evocate mai sus, această situație are legătură și cu ordinea publică de fond și de procedură. De exemplu, textul arătat se aplică în ipoteza în care hotărârile pronunțate în străinătate se află sub incidența prevederilor art. 1094 C.proc.civ. De asemenea, o hotărâre străină pentru care a fost încuviințată, în condițiile art. 1103 C.proc.civ., executarea, împiedică aplicarea art. 1094 C.proc.civ. privitor la o hotărâre pronunțată ulterior în materia statutului personal. Dacă o hotărâre străină a fost însă investită cu formulă executorie în România, o altă hotărâre străină nu va putea să obțină *exequatur*-ul, indiferent care ar fi datele la care hotărârile au fost pronunțate.

Recunoașterea hotărârii străine poate să fie refuzată și pentru că instanțele române aveau competența exclusivă pentru judecarea cauzei (art. 1096 alin. (1) lit. e) C.proc.civ.). Acest motiv distinct, lipsit de alte condiționări, este înțeles în funcție de prevederile art. 1078-1079 C.proc.civ. Ignorarea competenței exclusive poate să fie, totodată, o problemă de ordine publică.

Încălcarea dreptului la apărare a fost reținută, de asemenea, ca un motiv distinct de refuz al recunoașterii hotărârii străine (art. 1096 alin. (1) lit. f) C.proc.civ.), acest motiv putând să fie invocat în ipoteze variate, de la momentul începerii procedurii până la acela al pronunțării hotărârii și al exercitării căilor de

atac. Împrejurările ulterioare pronunțării hotărârii străine credem că pot să justifice invocarea textului analizat pentru a se susține, de exemplu, parțialitatea instanței străine. Conexiunile existente între dreptul la apărare și unele dintre celelalte drepturi fundamentale implică cerința aprecierii respectării dreptului la apărare în concret, în circumstanțele respectivei cauze, precum și, după cum am mai precizat, ținând seama de ansamblul procedurii urmată în acea cauză.

În fine, în raport cu condiția de la art. 1095 alin. (1) lit. a) C.proc.civ. potrivit căreia hotărârea străină a cărei recunoaștere se solicită în România trebuie să fie definitivă, prevederile corespunzător cărora recunoașterea hotărârii străine poate să fie refuzată pe motivul că aceasta poate face obiectul unei căi de atac în statul în care a fost pronunțată (art. 1096 alin. (1) lit. g) C.proc.civ.) pot să apară surprinzătoare. Chiar o hotărâre definitivă ar putea să constituie însă obiectul unei căi de atac, cum este cazul, de pildă, în sistemele judiciare în care autoritatea lucrului judecat nu este o chestiune de ordine publică.

3. Instanța competentă să soluționeze cererea de recunoaștere a hotărârii străine. Potrivit art. 1098 C.proc.civ. cererea de recunoaștere se rezolvă pe cale principală de tribunalul în circumscripția căruia își are domiciliul sau, după caz, sediul cel care a refuzat recunoașterea hotărârii străine.

În cazul imposibilității de determinare a tribunalului potrivit dispozițiilor anterioare, competența aparține Tribunalului București.

Cererea de recunoaștere poate fi, de asemenea, rezolvată pe cale incidentală de către instanța sesizată cu un proces având un alt obiect, în cadrul căruia se ridică excepția autorității lucrului judecat sau o chestiune prealabilă întemeiată pe hotărârea străină.

Conform art. 1101 C.proc.civ. cererea de recunoaștere a hotărârii străine se soluționează pe cale principală prin hotărâre, iar pe cale incidentă prin încheiere interlocutorie, în ambele cazuri după citarea părților.

Cererea poate fi soluționată fără citarea părților, dacă din hotărârea străină rezultă că pârâtul a fost de acord cu admiterea acțiunii.

Indiferent dacă cererea de recunoaștere se soluționează pe cale principală sau pe cale incidentă, prevederile legale aplicabile în vederea recunoașterii hotărârii străine sunt aceleași. De regulă, cererea de recunoaștere se rezolvă pe cale incidentă.

În cadrul dispozițiilor consacrate recunoașterii hotărârilor străine în România nu se precizează în mod expres dacă hotărârea instanței române sau încheierea interlocutorie a acesteia sunt sau nu susceptibile să fie atacate și care este calea de atac care poate să fie exercitată de parte.

În aceste condiții, în ce ne privește, considerăm că referitor la recunoașterea pe cale principală, se aplică prin analogie textul art. 1130 C.proc.civ. Așadar, hotărârea instanței române va putea să fie atacată cu apel.

În ipoteza recunoașterii pe cale incidentă, în logica reglementărilor comune, aplicabile corespunzător, încheierea interlocutorie de rezolvare a unei asemenea cereri, poate să fie atacată odată cu hotărârea pronunțată de către instanță în cererea principală.

Cererea de recunoaștere a hotărârii străine întrerupe prescripția dreptului de a obține executarea silită (art. 1100 C.proc.civ.).

4. Documentele atașate cererii de recunoaștere a hotărârii străine.
Conform art. 1099 C.proc.civ.:

(1) Cererea de recunoaștere a hotărârii străine se întocmește potrivit cerințelor prevăzute de acest cod și va fi însoțită de următoarele acte: a) copia hotărârii străine; b) dovada caracterului definitiv al acesteia; c) copia dovezii de înmânare a citației și a actului de sesizare, comunicate părții care a fost lipsă în instanța străină sau orice alt act oficial care să ateste că citația și actul de sesizare au fost cunoscute, în timp util, de către partea împotriva căreia s-a pronunțat hotărârea; d) orice alt act de natură să probeze, în completare, că hotărârea străină îndeplinește celelalte condiții prevăzute la art. 1095 C.proc.civ.

(2) Actele prevăzute la alineatul 1 vor fi însoțite de traduceri autorizate și vor fi supralegalizate, cu respectarea dispozițiilor art. 1092 C.proc.civ. Supralegalizarea nu se cere în cazul în care părțile sunt de acord cu depunerea de copii certificate pentru conformitate.

(3) În cazul neprezentării unora dintre documentele prevăzute la alineatul 1, instanța poate fixa un termen pentru a fi prezentate ori poate accepta documente echivalente sau, dacă se consideră suficient edificată, să dispenseze partea de producerea lor.

Prima facie din lectura textului legal ar rezulta că instanța, din oficiu, poate invoca orice problemă de ordine publică privind neregularitatea hotărârii, întrucât, dacă ea poate să dispenseze partea de obligația dovedirii regularității, considerându-se suficient edificată, ea are și posibilitatea să ignore neinvocarea de către parte a neregularității. Așadar, instanța nu ar trebui să procedeze în funcție de voința părților sau a uneia dintre ele și să analizeze numai aspectele pe care părțile le invocă ori le contestă.

Totuși, în ceea ce ne privește, înclinăm spre o interpretare nuanțată, care să ia în considerare motivul neregularității. În cadrul unei asemenea interpretări, credem că este necesar să se aibă în vedere dacă ne aflăm sau nu în prezența unei condiții de interes privat și dacă drepturile părților sunt sau nu disponibile. În

cazul în care răspunsul este afirmativ, instanța nu poate să verifice din oficiu regularitatea hotărârii străine.

De exemplu, cerința existenței unei legături a litigiului cu statul de sediu al instanței străine este de interes privat, exceptând fraudarea regulilor de competență internațională (art. 1095 alin. (1) lit. b) C.proc.civ.).

Exercitarea dreptului la apărare rămâne la dispoziția părții titulare a acestui drept, iar omisiunea citării persoanei care nu a participat la proces în fața instanței străine poate să fie invocată numai de acea persoană, nu de instanță din oficiu (art. 1095 alin. (3) C.proc.civ.).

Majoritatea condițiilor de recunoaștere a hotărârilor străine sau a exigențelor pe care le presupun aceste condiții credem că sunt însă de interes public.

De pildă, în situația în care legea aplicabilă a devenit competentă prin fraudă sau dacă au fost fraudate regulile de competență internațională; în cazul în care există deja o hotărâre a instanței române ori cauza se află în curs de judecare în fața instanței române la data sesizării instanței străine; în ipoteza inconciliabilității hotărârii străine cu o altă hotărâre străină pronunțată anterior ei în străinătate și susceptibilă de a fi recunoscută în România; dacă sunt încălcate regulile care prevăd competența exclusivă a instanțelor române sau este nesocotit dreptul la apărare, în special prin ignorarea exigențelor pe care le presupune dreptul la un proces echitabil (art. 1096 alin. (1) lit. b)-f) C.proc.civ.) este vorba de interese publice, iar instanța română poate să verifice din oficiu regularitatea hotărârii străine.

* Conf.univ.dr. la Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; sdeleanu@law.ubbcluj.ro.

¹ În acest sens, în dreptul francez, hotărârea Curții de Casație din 17 octombrie 2000, în "Clunet", 2001, p. 859, cu notă de G. Cuniberti.

² A se vedea, pe larg, S. Deleanu, *Drept internațional privat, partea generală*, Ed. Dacia Europa Nova, p. 91-93.

³ Corespunzător jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene, recunoașterea unei hotărâri îi atribuie acesteia autoritatea și eficacitatea de care beneficiază în statul unde a fost pronunțată (hotărârea Curții de Justiție din 4 februarie 1988, cauza 145/86, par. 11).

⁴ A se vedea, de pildă, S. Zilberstein, *Procesul civil internațional*, Ed. Lumina Lex, București, 1994, p. 105 și urm. I.P. Filipescu, *Drept internațional privat*, Ed. Actami, București, 1995, vol. II, p. 237 și urm.

⁵ În sensul că lipsa reciprocității nu ar trebui să constituie un impediment pentru recunoașterea hotărârii străine, a se vedea și V.Roș, *Arbitrajul comercial internațional*, Regia Autonomă "Monitorul Oficial", București, 2000, p. 599.

⁶ În acest sens, S.Zilberstein, *op. cit.*, p. 116.

⁷ Pentru această opinie: I.P.Filipescu, *op.cit.*, vol. II, p. 239.

⁸ Hotărârea CEDO din 20 octombrie 2001, în cauza Pellegrini c. Italia, par. 35-46.

⁹ A se vedea, decizia civilă a Tribunalului Suprem nr. 1909/1973, în „Revista română de drept”, nr. 6/1974, p. 74.

¹⁰ Hotărârea Curții de Justiție din 15 iulie 1964, cauza 6/64.

ARTICOLE

DESPRE RECUNOAȘTEREA STATUTULUI MATRIMONIAL DOBÂNDIT ÎN STRĂINĂTATE ȘI PROTECȚIA EUROPEANĂ A DREPTULUI LA VIAȚĂ FAMILIALĂ¹

Alina OPREA*

Résumé. *Sur la reconnaissance du statut matrimonial acquis à l'étranger et la protection européenne du droit à la vie familiale. Les conflits de lois en matière de mariage et les règles sur la reconnaissance du statut matrimonial acquis à l'étranger créent de sérieux inconvénients pour les personnes intéressées. Générés par les différences profondes existant entre les législations matérielles incidentes, qui reflètent, par ailleurs, des conceptions plus ou moins sacres sur l'institution du mariage, ces derniers pourraient être atténués, dans le temps, sous l'influence de la législation européenne; la présente étude se propose d'aborder, à travers la présentation et l'examen de la jurisprudence correspondante, l'incidence de l'article 8 de la CEDH (Protection du droit à la vie privée et familiale) sur les règles de droit international privé dans le domaine analysé.*

Rezumat. *Conflictele de legi în materia căsătoriei și regulile de recunoaștere a statutului matrimonial dobândit în străinătate sunt sursa unor inconveniente serioase pentru persoanele interesate. Generate de diferențele profunde dintre legislațiile materiale incidente, ce reflectă, de altfel, concepții mai mult sau mai puțin sacre cu privire la instituția căsătoriei, acestea ar putea fi atenuate, în timp, sub influența legislației europene; prin trecerea în revistă și analizarea jurisprudenței pertinente, prezentul studiu își propune să abordeze incidența articolului 8 din CEDO (Protecția dreptului la viață privată și familială) asupra regulilor de drept internațional privat în domeniul supus discuției.*

Mots-clé: mariage entre personnes de même sexe, conflits de lois, reconnaissance du statut matrimonial, ordre public international, art. 8 CEDH, protection du droit à la vie familiale

Cuvinte cheie: căsătorii între persoane de același sex, conflicte de legi, recunoașterea statutului matrimonial, ordine publică internațională, art. 8 CEDO, protecția dreptului la viață familială

1. În Europa de astăzi frontierele sunt mult mai permeabile, iar mobilitatea fizică a persoanelor este facilitată considerabil. Familiile mixte, alcătuite din naționali ai unor state diferite ori din persoane care își au domiciliul sau reședința în alt stat decât acela a cărui cetățenie o au, reprezintă o realitate mai mult decât frecventă. Situațiile transnaționale generează însă și dificultăți inextricabile pentru persoanele interesate: acutizând conflictele de legi în spațiu, diversitate regulilor materiale existente în materie își pune direct amprenta asupra statutului personal al individului, asupra situației lui familiale și a evenimentelor ce o pot afecta. Acest lucru este evident cu o acuitate particulară în domeniul sensibile precum acela al căsătoriei între persoane de același sex, al parteneriatelor înregistrate, al maternității de substituție, al adopției.

Prezentul studiu este limitat la domeniul căsătoriilor de același sex, unul în care diferențele legislative sunt flagrante², iar preocuparea tradițională a statelor de a asigura uniformitatea internațională de soluții, prin constanța tratamentului rezervat relațiilor private în plan transfrontalier, cedează în fața unor obiective substanțiale, de protecție a unor politici sau concepții legislative particulare.

2. Rezolvarea conflictelor de legi în domeniu ar trebui să aducă persoanelor interesate securitate juridică, stabilitate și previzibilitate; or, așa cum ne propunem să arătăm în prima parte a studiului, regulile de drept internațional privat existente în statele europene au fost și sunt încă deficitare din aceste punct de vedere, generând vulnerabilitate și efecte negative (I).

3. O influență deloc neglijabilă în materie ar putea proveni din partea Curții europene a drepturilor omului. Aplicarea inflexibilă a regulilor de drept internațional privat pentru a refuza recunoașterea a statutului familial dobândit în străinătate intră indubitabil în conflict cu reglementările cuprinse în această Convenție, în special cu art. 8, ce garantează protecția dreptului la viață privată și familială. Partea a doua a studiului se oprește asupra impactului jurisprudenței aferente acestuia asupra soluțiilor tradiționale privitoare la recunoașterea căsătoriilor între persoane de același sex. Obiectivul urmărit este acela de a determina dacă și în ce măsură interpretarea dinamică și evolutivă a CEDO de către Curtea de la Strasbourg ar putea impune, dincolo de tradițiile și sensibilitățile naționale, o nouă configurare (supranațională) a conjugalității, respectiv a metodelor de DIP incidente (II).

I. Aspecte de drept internațional privat privind căsătoriile homosexuale

4. Abordarea căsătoriilor între persoanele de același sex din perspectiva dreptului internațional privat presupune tratarea a două probleme distincte: pe de o parte, este vorba de încheierea acestora în statul forului (a), iar pe de altă

parte de efectul local al unor astfel de căsătorii celebrate în străinătate (b). Pentru fiecare sunt aplicabile reguli diferite, după cum urmează.

5. a) În ceea ce privește eventuala încheiere a unei căsătorii între persoane de același sex în fața autorităților române, trebuie consultate regulile de conflict în mod normal instituite pentru instituția căsătoriei: în privința condițiilor de formă va interveni, conform art. 2587 NCC, *lex loci celebrationis*, iar în privința condițiilor de fond vor fi aplicate, conform art. 2586 NCC, legile naționale ale fiecăruia dintre viitorii soți (în principiu distributiv; pentru impedimentele comune, se are în vedere o aplicare cumulativă).

Deoarece diferența de sex este o condiție de fond la căsătorie, o distincție suplimentară trebuie operată în funcție de prevederile legilor ce guvernează statutul personal al fiecăruia dintre potențialii soți. Dacă cel puțin una dintre aceste legi conține reguli ce interzic mariajul homosexual, atunci ofițerul de stare civilă va refuza celebrarea sa în temeiul art. 2586 NCC, combinat cu art. 2557 NCC (nerespectarea dispozițiilor legii în mod normal competente). Situația poate să apară, de exemplu, atunci când un bărbat român dorește să se căsătorească cu un bărbat maghiar (atât *lex fori*, cât și legea străină refuză să admită acest tip de căsătorie) sau cu un bărbat olandez (*lex fori* refuză să admită acest tip de căsătorie, în timp ce legea străină este una permisivă), sau atunci când un bărbat maghiar dorește să se căsătorească cu un bărbat olandez (dintre cele două legi străine aplicabile, una refuză să admită căsătoria homosexuală). Dacă legile naționale ale persoanelor interesate permit, ambele, o asemenea căsătorie, autoritățile au la dispoziție, complementar, supapa oferită de art. 2564 NCC (înlăturarea aplicării legii străine)³: conform textului, „*aplicarea legii străine se înlătură dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român*”, ceea ce este cazul atunci când se ajunge la un „*rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român*”. Având în vedere insistența cu care legiuitorul abordează diferența de sex a soților – căsătoria este definită drept „*uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie*” (art. 259 NCC), neputând fi celebrată între persoane de același sex (art. 277 al. 1 NCC); soții sunt definiți drept „*bărbatul și femeia uniți prin căsătorie*” (art. 258 al. 4 NCC) – aceasta apare ca un asemenea principiu fundamental. În aceste condiții, soluția este indubitabilă: într-o speță cu elemente de extraneitate, autoritățile române de stare civilă vor refuza celebrarea unui mariaj homosexual, invocând încălcarea ordinii publice de drept internațional privat român (art. 2564 NCC); soluția este în principiu similară în toate țările care consacră în materie un statut prohibitiv⁴.

6. În statele în care este recunoscută căsătoria între persoane de același sex, situația este diferită. Acestea tind să permită o astfel de căsătorie nu doar între resortisanții lor sau între aceștia și resortisanții altor state de statut permisiv,

ci și atunci când în cauză este un străin a cărui lege națională interzice o astfel de căsătorie. De exemplu, pentru ca o căsătorie homosexuală să fie (valabil) celebrată în Olanda, este suficient ca soții să îndeplinească doar exigențele prevăzute de dreptul olandez în materie de căsătorie și unul dintre aceștia să fie olandez sau să locuiască în mod obișnuit în Olanda⁵. Codul belgian de DIP consacră, în art. 46 al. 2, căsătoria între persoane de același sex ca un principiu de ordine publică internațională; atunci când unul dintre viitorii soți are naționalitatea sau reședința pe teritoriul unui stat ce permite o astfel de căsătorie, textul impune înlăturarea unei eventuale legi străine nu la fel de liberală. În Spania, o circulară a Direcției generale a registrelor (de stare civilă) și a notariatului (DGRN) din 2005 menționează că aplicarea legii străine ce nu permite căsătoria între persoane de același sex poate fi declarată contrară ordinii publice internaționale spaniole⁶.

7. b) Având în vedere divergența de soluții materiale existentă în planul încheierii căsătoriilor homosexuale, recunoașterea acestora în străinătate nu este evidentă. Câteva detalieri se impun, în special în ceea ce privește modalitățile tehnice ale refuzului de recunoaștere.

8. În mod normal, tratamentul rezervat situațiilor juridice străine este unul conflictualist⁷: pentru a fi receptată ca valabilă în dreptul forului, situația creată în străinătate trebuie verificată din perspectiva regulilor de conflict ale competente.

Căsătoriile încheiate între persoane de același sex ridică mai întâi problema de a ști dacă acestea ar putea fi considerate „căsătorii” din perspectiva dreptului internațional privat, pentru a fi aplicate regulile de conflict în materie. Conform teoriei clasice, categoriile cu care operează regulile de conflict sunt interpretate mai larg decât în dreptul intern⁸, pentru a putea fi aplicate și unor instituții străine ce nu se suprapun perfect peste instituțiile autohtone⁹; chiar dacă s-ar putea considera că extinderea conceptului „căsătorie” pentru a include și căsătoriile homosexuale ar contrazice natura însăși a căsătoriei¹⁰, aceasta este acceptată uneori în străinătate¹¹. În niciun caz ea nu echivalează și cu recunoașterea în dreptul forului a mariajului homosexual, validitatea acestuia trebuind în continuare apreciată conform regulilor de conflict obișnuite.

În ceea ce privește dreptul românesc, problema calificării este eludată de reglementări, art. 277 al. 2 NCC precizând astăzi expres: „Căsătoriile dintre persoane de același sex încheiate sau contractate în străinătate fie de cetățeni români, fie de cetățeni străini nu sunt recunoscute în România”. Dispoziția poate apărea ca superfluă, în condițiile în care la același rezultat conduce și analiza acestei instituții din perspectiva regulilor obișnuite de DIP (cu extinderea corelativă a contururilor conceptului de „căsătorie”). Mai întâi, dacă mariajul a fost încheiat în străinătate (de exemplu, între un român și un spaniol sau între un maghiar și un belgian), în ciuda dispozițiilor

prohibitive ale legii naționale a unuia dintre soți, acesta nu poate fi considerat valabil încheiat și, în consecință, nici nu va putea fi recunoscut. Încălcarea dispozițiilor legii competente, conform regulilor române de conflict (art. 2586 NCC), este un prim motiv de refuz de recunoaștere. Soluția ar fi însă aceeași chiar dacă aplicarea regulilor de conflict ar conduce la intervenția unor legi materiale ce validează mariajul homosexual (încheiat, de exemplu, între doi spanioli sau între un olandez și un belgian), autoritățile având la dispoziție, în acest caz, excepția de ordine publică internațională (art. 2564 NCC).

9. Oricare ar fi textul utilizat pentru fundamentarea soluției, rezultatul obținut – „căsătoria șchioapă” (*matrimonium claudicans, limping marriage, mariage boiteux*), valabilă în anumite state, dar nerecunoscută în altele – este sursă de dificultăți atât pentru autorități¹², cât mai ales pentru persoanele interesate. În special, acestea din urmă nu vor putea pretinde niciunul din avantajele aferente acestui statut (drepturi asupra bunurilor comune, drepturi la succesiune, sprijinul material și moral, fidelitatea și coabitarea...). O excepție notabilă este consacrată la art. 277 al. 4 NCC, ce rezervă aplicarea *dispozițiilor legale privind libera circulație în România a cetățenilor statelor membre ale Uniunii Europene și Spațiului Economic European*; deși la o prima lectură textul privește doar chestiunile ce țin de imigrație (intrare, ședere), nu este exclus ca, în lumina jurisprudenței Curții europene de justiție aferentă libertăților de circulație¹³, implicațiile sale pentru situația cuplurilor homosexuale căsătorite să fie mult mai serioase¹⁴.

10. O poziție mai nuanțată poate fi regăsită în Franța, stat în care, în 2007, Curtea de casație definea căsătoria (încă) drept „uniunea dintre un bărbat și o femeie”, afirmând expres că aceasta nu este contrazisă „de niciuna din dispozițiile Convenției europene a drepturilor omului sau ale Cartei drepturilor fundamentale în Uniunea europeană...”¹⁵. Chiar dacă în planul relațiilor private internaționale poziția se traduce prin refuzul recunoașterii unei căsătorii homosexuale încheiate în străinătate, o serie de modulări sunt acceptate *in concreto* pe baza regulilor privitoare la efectul atenuat al excepției de ordine publică internațională¹⁶: astfel, atunci când niciunul dintre soți nu este francez și căsătoria a fost valabil încheiată în străinătate, în conformitate cu legile desemnate de regulile de conflict franceze și fără fraudă¹⁷, autoritățile franceze sunt aparent dispuse să recunoască o parte din efectele acestor căsătorii (precum cele care privesc bunurile, succesiunea¹⁸, regimul matrimonial...) ¹⁹. Chiar dacă, datorită incertitudinii existente cu privire la situația soților, soluția nu este una perfect convenabilă pentru aceștia, ea este totuși mai puțin rigidă decât cea din dreptul românesc.

11. În dreptul internațional privat comparat poate fi întâlnită și o a treia poziție, ce are ca punct de plecare calificarea atribuită mariajului homosexual: în

state precum Elveția²⁰, Germania²¹ sau Marea Britanie²², acesta nu este recunoscut ca atare, ci ca „parteneriat înregistrat”, cu toate consecințele aferente. O serie dintre efectele sale vor fi acceptate, dar nu toate, ci în limita celor acordate partenerilor într-un parteneriat de viață încheiat conform regulilor locale. Soluția nu este lipsită de inconveniente: prin această denaturare, căsătoria (din țara de origine) este retrogradată/declasată, deoarece în funcție de statul de recunoaștere unele efecte ale acesteia se pierd - ex. dreptul la succesiune, dreptul la divorț pentru motive legale, obligația de fidelitate. În schimb, ea prezintă avantajul că o căsătorie valabil încheiată într-un stat nu este imponderabilizată, nu este privată de efecte prin simplul fapt al traversării unei frontiere de către soți și, deși naționalistă, este uneori acceptată „în interesul părților, al certitudinii juridice și al facilitării cooperării judiciare”²³.

II. Protecția drepturilor fundamentale ale omului în Europa și problema recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex

12. Afectând vizibil în special dreptul intern al persoanelor și familiei²⁴, drepturile fundamentale ale omului își pun amprenta nemijlocit și asupra dreptului internațional privat al familiei²⁵, negând frontierele și obligând uneori statele să renunțe la restricțiile impuse în mod tradițional în materie.

Printr-o jurisprudență dinamică și evolutivă, inspirată de evoluția moravurilor și mentalităților, respectiv a legislației statelor membre, Curtea de la Strasbourg s-a adaptat în timp relațiilor juridice și sociale care țin de familie, aducând acestora o protecție juridică crescândă. Trecerea în revistă a jurisprudenței recente privitoare la art. 8 și 12 din CEDO – dreptul la viață privată și familială, respectiv dreptul la căsătorie – permite evidențierea implicațiilor pe care „ideologia” drepturilor fundamentale ale omului le poate avea în ceea ce privește căsătoriile între persoane de același sex.

A. Jurisprudența privind cuplurile de același sex

13. *Karner c. Austria*. Una dintre primele cauze care a arătat că diferențierea între cuplurile heterosexuale și cele homosexuale în ceea ce privește drepturi conferite de Convenție ridică probleme din perspectiva CEDO este *Karner c. Austria*²⁶. În speță, problema discutată a fost aceea de a ști dacă refuzul Austriei de a recunoaște reclamatului dreptul la contractul de închiriere a locuinței comune după decesul partenerului său homosexual (titular al contractului) ar putea reprezenta o încălcare a art. 14 combinat cu art. 8 din CEDO.

Diferența de tratament între cuplurile (necăsătorite) hetero și cele homosexuale fiind evidentă, Curtea a reamintit că aceasta poate fi sancționată în temeiul Convenției doar dacă nu este susținută printr-o justificare obiectivă și rezonabilă, având la bază motive extrem de grave. „Protecția familiei tradiționale” reprezenta o astfel de justificare, dar înalta instanță a precizat cu claritate că ea nu poate fi utilizată în orice ipoteză, în favoarea oricărei măsuri discriminatorii la adresa cuplurilor homosexuale, și că marja de apreciere lăsată statelor în materie este una redusă. Nedemonstrând că excluderea operată prin legislația sa era efectiv necesară pentru atingerea scopului propus, Austria a fost condamnată pentru încălcarea Convenției. Decizia și raționamentul subsecvent au fost confirmate în 2010, în cauza *Kozak c. Polonia*²⁷.

14. **R și F c. Regatul Unit și Parry c. Regatul Unit.** În ciuda acestei prime deschideri, Curtea a continuat cu o poziție prudentă, reflectată, de exemplu, în hotărârea din cauzele *R și F c. Regatul Unit*²⁸ și *Parry c. Regatul Unit*²⁹, în care reclamantii pretindeau, în cazul transsexualilor, admiterea unei excepții de la principiul conform căruia căsătoria este uniunea între un bărbat și o femeie³⁰. În fapt, în fiecare dintre cele două cauze, unul dintre soții dintr-un cuplu heterosexual a suportat, în timpul căsătoriei, o operație de schimbare de sex, după care a cerut modificarea corespondentă a actelor sale de stare civilă, fără să divorțeze în prealabil (așa cum pretindea legislația engleză)³¹. Refuzul autorităților a fost contestat în fața CEDO, în baza articolelor 8 și 12 din Convenție, dar Curtea a respins cererea ca inadmisibilă. Înalta instanță a arătat, pe de o parte, că persoanele interesate aveau posibilitatea continuării relației lor sub forma uniunii civile/*civil partnership*, ce implică un statut juridic cu drepturi și obligații similare celor ale soților dintr-o căsătorie tradițională, și a reamintit, pe de alta, că art. 12 din CEDO utilizează conceptul tradițional de căsătorie (între un bărbat și o femeie), iar legislațiile ce permit mariajul homosexual reflectă doar viziuni proprii/individualiste ale statelor respective cu privire la rolul căsătoriei în societate.

Hotărârea a fost confirmată la 13 noiembrie 2012³², într-o speță *H. c. Finlanda*, cvasi-identică. Făcând apel la justul echilibru ce trebuie păstrat între dreptul persoanei la protecția vieții sale private și interesele concurente ale statului de conservare a instituției tradiționale a căsătoriei și reamintind faptul că art. 12 din CEDO *nu obligă* statele să garanteze cuplurilor de același sex accesul la instituția căsătoriei, Curtea nu a avut nicio problemă să valideze reglementarea finlandeză ce condiționa recunoașterea juridică a actului de conversie sexuală (a unuia dintre soții dintr-o căsătorie mixtă) de transformarea prealabilă a căsătoriei acestuia în parteneriat civil.

15. **Schalk & Kopf c. Austria.** Problema recunoașterii unui drept la căsătorie pentru cuplurile de același sex a fost abordată direct într-o hotărâre din 24 iunie 2010, pronunțată în cauza *Schalk & Kopf c. Austria*³³. În speță, reclamantii - un cuplu austriac de același sex - doreau să se căsătorească, dar cererea lor a fost respinsă de autorități; hotărârea a fost contestată, ajungându-se în final în fața CEDO.

Curtea a abordat mai întâi problema de a ști dacă o lege națională ce nu permite căsătoria între persoane de același sex este contrară art. 12 din CEDO. Răspunsul său a fost unanim negativ³⁴, dar considerentele hotărârii sunt totuși foarte importante din alt punct de vedere: invocând evoluțiile legislative din statele membre ale Convenției, precum și art. 9 din Carta drepturilor fundamentale în UE, Curtea *nu mai consideră că dreptul la căsătorie* menționat în art. 12 CEDO *trebuie să fie considerat, în toate circumstanțele, ca fiind limitat la cazul căsătoriilor încheiate între persoane de sex opus* (par. 61). Contururile noțiunii convenționale de „căsătorie” sunt modificate, iar diferența de sex a „soților” nu mai apare ca un element ce condiționează aplicabilitatea art. 12.

Cea de-a doua problemă examinată a fost aceea de a ști dacă o lege națională ce nu permite căsătoriile între persoane de același sex poate fi declarată contrară art. 8 combinat cu 14 CEDO (discriminare în raport cu protecția vieții private și familiale). Din nou, precizările cuprinse în considerente sunt de cea mai mare importanță: înalta instanță europeană a afirmat cu claritate că o relație de coabitare între persoane de același sex, trăind într-un parteneriat *de facto*, intră în sfera noțiunii de „viață familială” (și nu doar a aceleia de „viață privată”)³⁵, iar cuplurile homosexuale se găsesc într-o situație analogă celei a cuplurilor heterosexuale în ceea ce privește nevoia de recunoaștere legală a relațiilor lor. Având în vedere concluzia privitoare la articolul 12 și faptul că Austria dispunea de o legislație pe baza căreia cuplurile de aceeași sex puteau beneficia de un statut legal³⁶, Curtea a decis că articolele 14 și 8 din CEDO nu au fost încălcate.

16. Hotărârea în cauza *Schalk* nu are consecințe semnificative imediate pentru cuplurile homosexuale: statele membre ale CEDO nu sunt obligate să legalizeze căsătoria între persoane de același sex. Având în vedere extinderea conturilor noțiunii convenționale de „căsătorie”, precum și includerea relațiilor de coabitare stabile între persoane de același sex în sfera acelor protejate prin intermediul art. 8 din Convenție („viață familială”), ea se poate dovedi totuși importantă în contenciosul de *recunoaștere* a statutului de persoană căsătorită legal dobândit într-un stat care permite/validează o astfel de căsătorie.

O primă reacție jurisprudențială subsecventă a putut fi observată în decizia 4184 din 15 martie 2012 a Curții de casație din Italia³⁷, într-un litigiu care privea transcrierea în registrele de stare civilă italiene a unei căsătorii homosexuale

încheiate de doi bărbați italieni în Olanda. Tradițional, în dreptul italian, diferența de sex a soților reprezintă o exigență minimă indispensabilă pentru „existența” însăși a căsătoriei, pentru „identificabilitatea juridică a actului căsătoriei”³⁸; în plan internațional, aceasta implică refuzul recunoașterii căsătoriilor homosexuale ca fiind *acte inexistente* (și nu datorită unei eventuale contrarietăți a lor cu ordinea publică internațională italiană). În decizia sa din martie 2012, înalta instanță italiană a reamintit această soluție, dar a optat pentru o poziție mai nuanțată, inspirată de evoluțiile din dreptul european în materie (hotărârea *Schalk* fiind expres citată). Având în vedere că diferența de sex nu mai este un element esențial al căsătoriei (pct. 4.3), ea a apreciat că o căsătorie homosexuală nu mai poate fi considerată astăzi „inexistentă”, ci doar inaptă, în principiu, a produce efecte juridice în Italia (și, deci, imposibil a fi transcrisă în actele de stare civilă locale); pentru că soții dintr-un cuplu homosexual se bucură, în temeiul dreptului european, de protecția dreptului lor la viață familială, Curtea a decis că aceștia pot totuși reclama, în situații specifice, punctuale, un tratament identic celui rezervat soților dintr-o căsătorie heterosexuală³⁹.

B. Jurisprudența privind, în general, recunoașterea statutului familial dobândit în străinătate

17. Consecințele hotărârii din cauza *Schalk* pentru cuplurile homosexuale căsătorite sunt potențate de jurisprudența europeană privitoare la recunoașterea statutului familial dobândit în străinătate. În acest domeniu Curtea de la Strasbourg are o poziție mult mai incisivă, condamnând expres cazurile în care situația juridică a unei persoane este expusă unei pluralități de soluții în plan internațional, fără să existe un interes serios, legitim, justificativ pentru aceasta.

18. **Wagner c. Luxemburg.** Una dintre hotărârile recente cu implicații în domeniul dreptului internațional privat al familiei este hotărârea *Wagner c. Luxembourg*⁴⁰, din 28 iunie 2007. În speță, în aplicarea regulilor de conflict competente, statul Luxemburg a refuzat recunoașterea unei decizii peruane de adopție cu efecte depline a unei fetițe peruane de către o femeie luxemburgheză, necăsătorită⁴¹. Acest refuz fiind contestat, reclamantele au invocat în fața Curții de la Strasbourg, între altele, atingerea adusă dreptului lor la viață familială și, deci, încălcarea art. 8 CEDO; guvernul luxemburghez a recunoscut ingerința, dar a susținut că stabilirea de condiții și limite pentru realizarea unei adopții cu efecte depline este justificată prin nevoia de protecție afectivă și patrimonială a copilului adoptat și a eventualilor alți copii ai adoptatorului, precum și aceea de dejucare a eventualelor fraude la legea luxemburgheză.

Curtea a apreciat că măsura ar putea fi justificată, într-adevăr, prin nevoia protecției sănătății și a moralei, precum și a drepturilor și libertăților copilului. Pentru ca aceasta să fie considerată totuși „necesară”, „într-o societate democratică” (în conformitate cu art. 8 al. 2 CEDO), a fost verificat și caracterul pertinent și suficient al acestor motive, stabilindu-se că decizia luxemburgheză „*omite să țină cont de realitatea socială a situației*”. Conform înaltei instanțe, refuzul Luxemburgului de a admite oficial existența juridică a legăturii de familie creată de actul peruan creează inconveniente pentru reclamantii în viața lor cotidiană, copilul fiind privat de o protecție juridică care să-i permită integrarea completă în familia adoptivă; motivul invocat de Luxemburg în favoarea deciziei (protecția copilului) nu a fost considerat convingător în măsura în care acesta era contrazis de realitatea faptică, minora adoptată fiind declarată abandonată și plasată în orfelinat. În aceste condiții, aplicarea strictă, conform regulilor de conflict locale, a art. 367 C. civ. nu a fost susținută de argumente „suficiente” în sensul art. 8 al.2 CEDO, Curtea reținând încălcarea dreptului reclamantelor la viața familială.

Dacă existența unei relații legitime de familie între reclamante a fost importantă, Curtea nu a insistat prea mult asupra faptului că la baza acesteia exista o hotărâre judecătorească străină⁴². Nimic în raționamentul său nu se opune ca acesta să fie generalizat și aplicat în privința oricăror relații juridice de familie create valabil în diverse sisteme de drept, prin intervenția altor autorități decât instanțele (în general, ofițerii de stare civilă) sau chiar a notarilor⁴³, pentru a impune în viitor recunoașterea lor *de facto* în statele membre ale Convenției.

Confirmarea acestei poziții este oferită prin hotărârea *Negrepointis* din 3 mai 2011.

19. ***Negrepointis c. Grecia***⁴⁴. O doua cauză care ilustrează dimensiunea internațională a protecției dreptului la viață familială privește, de asemenea, o adopție. În speță, un copil grec a fost adoptat în SUA de către unchiul acestuia, episcop ortodox grec, ambii cu reședința în Statele Unite; cincisprezece ani mai târziu, dorind să folosească în Grecia numele părintelui adoptiv și invocând drepturi în succesiunea acestuia, copilul a solicitat recunoașterea actului de adopție, dar s-a lovit de un refuz din partea autorităților. Acesta a fost justificat de Curtea supremă greacă prin încălcarea ordinii publice internaționale, ce include, în Grecia, normele de drept canonic care interzic membrilor clerului actele lumești (precum adopția). Hotărârea a fost contestată, între altele, pentru încălcarea art. 8 din CEDO.

Prima dintre problemele abordate este aceea a existenței „raportului de familie” între reclamant și unchiul său; două din aprecierile Curții merită amintite, fiind susceptibile a fi generalizate în cauze similare: conform înaltei instanțe, actul străin de adopție, presupus a produce efecte în viața familială a celor doi, este

suficient pentru a caracteriza un astfel de raport de familie; existența relației de familie nu poate fi pusă la îndoială pe motivul absenței unei hotărâri de recunoaștere a actului străin în statul forului. Refuzul recunoașterii statutului de copil adoptiv, a numelui și a drepturilor succesoriale subsecvente caracterizând indubitabil o ingerință în viața familială a reclamantului, Curtea a verificat apoi posibilitatea justificării acesteia printr-o nevoie socială imperioasă, în conformitate cu art. 8 al. 2 CEDO; protecția ordinii publice și a moralei a fost acceptată în acest sens ca justificare de principiu, dar analiza caracterului său pertinent și suficient a condus Curtea să concluzioneze unanim în sensul încălcării art. 8 din CEDO de către statul grec.

C. Implicații posibile în domeniul căsătoriilor între persoane de același sex

20. Hotărârile din cauzele *Wagner* și *Negrepontis* ilustrează principalele direcții ale Curții în aplicarea articolului 8 CEDO în contenciosul privitor la recunoașterea actelor străine în materie de statut personal și relații de familie. Intervenția acestui text nu este limitată la situațiile create de legea unui stat contractant sau deja recunoscute într-un stat contractant, ci privește și ipotezele de recunoaștere într-un astfel de stat a unor hotărâri judecătorești străine sau acte de stare civilă străine⁴⁵. Raționamentul purtat de Curte poate fi extrapolat și în alte domenii, diferite de adopție, în care este în cauză viața familială a reclamanților; astfel, articolul 8 CEDO ar putea constitui, de exemplu, în anumite situații, baza juridică a unei viitoare obligații a statelor europene de a recunoaște statutul juridic dobândit în străinătate de către soții din căsătoriile homosexuale, chiar dacă în ochii acestora respectivele căsătorii nu sunt valabile⁴⁶. Domeniul fiind unul extrem de sensibil, o serie de precizări suplimentare sunt necesare, inclusiv din perspectiva incidenței drepturilor protejate prin Convenția europeană asupra metodologiei dreptului internațional privat.

21. Conform jurisprudenței amintite, pentru a se pune problema unei „continuități a statutului” trebuie ca legătura familială - de filiație naturală sau adoptivă, de căsătorie ... - să fi fost efectiv creată și să existe valabil în interiorul unui sistem juridic străin⁴⁷, pentru a fi devenit o realitate socială⁴⁸. În caracterizarea „realității sociale”, Curtea ia în considerare natura intereselor în joc (ex. interesul superior al copilului – *Wagner*, par. 133), durata de existență a legăturii familiale (*Negrepontis*, par. 75), intensitatea legăturilor de familie (*Negrepontis*, par. 56), așteptările legitime ale părților (*Negrepontis*, par. 72). În ceea ce privește căsătoriile între persoane de același sex, credem că discuția nu ridică dificultăți serioase pe terenul existenței valabile a unei relații de familie; date fiind, pe de o parte, regulile materiale din statele ce permit celebrarea acestor căsătorii și, pe de alta, criteriile

suple avute în vedere în jurisprudență pentru recunoașterea legăturii familiale, este puțin probabil ca o căsătorie homosexuală să fie plasată de Curtea de la Strasbourg în afara sferei de aplicare a art. 8 CEDO⁴⁹. Pentru a fi considerată o „*ingerință necesară într-o societate democratică*”, măsura de refuz de recunoaștere trebuie însă justificată, astfel că mult mai importantă apare a fi cheștiunea proporționalității (a echilibrului între interesele individului/cuplului de protecție a vieții sale familiale și cele ale societății în ansamblul său); atât hotărârea *Wagner*, cât mai ales hotărârea *Negrepontis* reflectă rolul pe care principiul proporționalității îl poate avea în practică, iar aceasta permite abordarea a două categorii de probleme.

22. Prima dintre acestea privește rolul jurisprudenței Curții EDO în emergența/consolidarea unei noi metode de drept internațional privat – metoda recunoașterii unilaterale directe a situațiilor juridice create în străinătate⁵⁰, ce ar putea primi aplicare inclusiv în domeniul căsătoriilor între persoane de același sex; în fiecare dintre cele două decizii prezentate, Curtea a impus ca situația juridică și socială creată în străinătate să fie tradusă în realitate juridică în statul sesizat cu recunoașterea, ceea ce ar putea fi utilizat ca argument pentru a susține cel puțin o tendință în acest sens. De altfel, această metodă a fost deja scoasă în evidență de o parte a doctrinei⁵¹, ea reflectând transformarea dreptului substanțial european, ce include printre valorile sale respectarea identității și a statutului juridic al persoanei. La o primă lectură, utilizarea sa ar fi, de asemenea, facilitată în dreptul românesc de dispozițiile art. 2567 NCC, privitor la recunoașterea în plan local a drepturilor câștigate în țară străină⁵².

23. O analiză mai atentă permite totuși o atenuare a impactului jurisprudenței europene în domeniul analizat; chiar dacă rolul său este indeniabil, Curtea EDO este încă departe de a impune statelor membre obligația de a recunoaște în mod sistematic, necondiționat și automat actele străine intervenite în materie de statut personal sau familial⁵³. De fapt, în deciziile citate preocuparea principală a înaltei instanțe a fost aceea de a se asigura că regulile de drept internațional privat pertinente din statele europene țin cont, în mod corespunzător, de obiectivul asigurării „continuității” statutului familial, respectiv de dreptul la protecția vieții familiale (art. 8 CEDO)⁵⁴. Ea nu impune o obligație automată de recunoaștere, ci mai degrabă o evaluare atentă, din partea fiecărui stat, a impactului pe care regulile sale de drept internațional privat îl au asupra realităților sociale/asupra situațiilor juridice străine, dublată, eventual, de o mai mare flexibilitate în aplicarea acestora. Dreptul european joacă doar un rol corector asupra soluțiilor impuse de normele statelor membre; acestea din urmă păstrează astfel o anumită doză de libertate în materia recunoașterii statutului familial dobândit în străinătate, un argument în acest sens fiind tocmai testul proporționalității (dintre ingerința realizată și scopul

urmărit) pe care instanța de la Strasbourg îl practică regulat: diverse măsuri restrictive pot fi justificate (sunt ingerințe legitime) dacă răspund unei nevoi sociale imperioase din statul în cauză.

24. Aceasta conduce la cea de-a doua categorie de probleme. Dacă în situațiile cu elemente de extraneitate, aplicarea art. 8 CEDO impune statelor contractante să facă tot posibilul pentru a asigura continuitatea statutului personal și a legăturilor de familie dincolo de frontiere⁵⁵, în cazul domeniilor sensibile, precum acela al căsătoriilor între persoane de același sex, exigențele europene trebuie corelate cu necesitatea protecției politicilor fundamentale ale forului, materializate în principii protejate prin intermediul excepției de ordine publică internațională. Aceasta corelare nu este întotdeauna simplă.

25. În primul rând, trebuie accentuat că marja statului de destinație în ceea ce privește recunoașterea sau nu a existenței și efectivității legăturii de familie create în străinătate nu este una discreționară, iar instanța europeană nu ezită să pună în balanță imperativele europene și cele statale. Două aspecte merită subliniate în acest context.

Pe de o parte, faptul că utilizarea excepției de ordinea publică internațională ajunge să întrerupă „*continuitatea unui statut familial creat în străinătate*” nu trebuie văzut ca implicând, automat, incompatibilitatea acesteia cu art. 8 CEDO. Dimpotrivă, ordinea publică internațională protejează valori și principii fundamentale ale forului și, de aceea, refuzul de recunoaștere justificat printr-o asemenea bază ar putea apărea legitim, asigurând un echilibru adecvat între diferitele interese în discuție.

Pe de altă parte, faptul că o măsură națională este utilă în protecția ordinii publice internaționale a unui stat este un element important, dar nu decisiv pentru a stabili legitimitatea acesteia din perspectiva art. 8 CEDO⁵⁶. În aceste condiții, un text național ce urmărește protecția modelului tradițional de familie, protecția moralei sociale și a standardelor etice și morale autohtone, impunând, în consecință, refuzul recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex, nu este imunizat automat în fața exigențelor europene. De fiecare dată, Curtea analizează atent obiectivele și politicile substanțiale avute în vedere de reglementările statale în cauză, pentru a se asigura că ele corespund unei „nevoi sociale imperioase”. În hotărârea *Karner c. Austria*, confirmată de *Kozak c. Polonia*, aceasta a menționat expres că motivul „*protecției familiei tradiționale*”, oricât de legitim ar fi el, nu poate fi utilizat în orice ipoteză, în favoarea oricărei măsuri discriminatorii la adresa cuplurilor homosexuale, astfel că statele - precum România - care doresc să se opună în continuare recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex

celebrate în străinătate vor trebui să fie extrem de atente în privința justificării adecvate a acestei măsuri.

26. În al doilea rând, așa cum am menționat mai sus, jurisprudența europeană impune indeniabil statelor membre o mai mare flexibilitate în aplicarea regulilor lor în materie de recunoaștere a situațiilor juridice străine, fapt ce ar putea avea repercusiuni directe inclusiv în ceea ce privește excepția de ordine publică internațională⁵⁷.

27. Tehnică recunoscută pentru suplețea pe care o presupune⁵⁸, aceasta este concepută astăzi ca un laborator în care coexistă valori de sursă diversă – națională și europeană⁵⁹ - aflate într-un echilibru delicat, susceptibil să se modifice în timp. Dacă statele operează uneori în mod spontan această modificare, în urma evoluțiilor concepțiilor legislative în plan intern⁶⁰, nici rolul jurisprudenței europene nu este unul neglijabil și acesta din urmă interesează în mod special. Astfel, în timp, Curtea a rămas prudentă în diverse domenii, acceptând să menajeze sensibilitățile naționale în numele diferenței flagrante între legislațiile statelor membre; în acest context, valorile de sursă națională au prevalat în cadrul ordinii publice internaționale, astfel că, indirect, protecția familiei tradiționale sau protecția moralei publice – motive invocate împotriva recunoașterii căsătoriilor străine între persoane de același sex – au putut avea în trecut prioritate indiscutabilă în fața dreptului la protecția vieții familiale (protejat prin art. 8 CEDO). Convenția este totuși înțeleasă ca un instrument viu, iar evoluțiile concepțiilor naționale și apariția unor standarde uniforme comune cât mai multor state facilitează interpretări novatoare și schimbări în jurisprudența europeană, cu consecințe inclusiv asupra contururilor ordinii publice internaționale⁶¹. Conform hotărârii *Schalk* prezentată mai sus, căsătoria nu mai poate privi astăzi doar persoanele de sex opus, iar căsătoriile homosexuale dau naștere unor „relații de familie” între persoanele interesate.

Deși încă izolate, aceste luări de opinie sunt semnul unei posibile re poziționări a Curții în sensul ridicării exigențelor europene în domeniu și limitării corelative a marjei de apreciere a statelor; în aceste condiții, nu este exclus ca în viitorul nu foarte îndepărtat echilibrul între valorile care compun ordinea publică internațională să fie reconfigurat (cu o pondere mai semnificativă pentru cele de inspirație europeană), astfel încât aceasta să nu mai poată fi utilizată ca instrument de refuz de recunoaștere a căsătoriilor între persoane de același sex încheiate în străinătate. Ca argument textual în favoarea unei asemenea poziții ar putea fi adus, de exemplu, *mutatis mutandis*, considerentul 58 din Regulamentul european nr. 650/2012 în materia succesiunilor internaționale⁶²; abordând eventualitatea utilizării mecanismului analizat împotriva unei legi sau hotărâri străine, acesta prevede în mod expres că „...instanțele sau celelalte autorități competente nu ar

trebui să poată aplica excepția de ordine publică pentru a lăsa deoparte legea unui alt stat membru sau pentru a refuza să recunoască — sau, dacă este cazul, să accepte— sau să execute o hotărâre, un act autentic sau o tranzacție judiciară dintr-un alt stat membru, dacă în felul acesta ar încălca dispozițiile Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene ...” (Cartă ce include un articol 7 - „Respectarea vieții private și de familie” -, similar articolului 8 din CEDO, analizat aici).

28. Până la confirmarea jurisprudențială a acestei soluții, o altă alternativă mai puțin perturbatoare, care să asigure concomitent respectarea standardelor europene și menajarea concepțiilor naționale fundamentale, ar putea avuță în vedere: consacrarea eventuală a teoriei franceze a efectului atenuat al ordinii publice internaționale⁶³. Intervenția acesteia presupune, ca o condiție *sine qua non*, un statut valabil dobândit în străinătate *fără încălcarea sau fraudarea legii competente*, conform dreptului românesc (ceea ce este cazul atunci când unul dintre „soți” este cetățean român). „Atenuarea” în cauză, justificată prin absența legăturilor caracterizate cu statul forul și ne-interesarea ordinii juridice autohtone, s-ar traduce prin refuzarea de principiu a recunoașterii efectelor personale corespondente respectivului statut și corelativ, prin admiterea în plan local a unora dintre efectele sale patrimoniale, mai puțin „șocante”⁶⁴ (precum, de exemplu, dreptul la moștenire al „soțului” unui bărbat homosexual olandez, decedat cu reședința obișnuită în România - pe de o parte, într-o asemenea speță, ordinea juridică din România nu este direct interesată sau afectată; pe de alta, făcând abstracție de „calitate”, nu este exorbitant ca un bărbat să dobândească drepturi în succesiunea altui bărbat...). O soluție similară celei propuse se regăsește, de exemplu, în decizia din 15 martie 2012 a Curții de casație din Italia, citată mai sus.

Concluzii

29. Realizarea uniformității internaționale de soluții și respectarea alterității – obiective fundamentale ale dreptului internațional privat – sunt serios puse la încercare în domeniul matrimonial, odată cu consacrarea legislativă, în diverse sisteme de drept străine, a mariajului între persoane de același sex. Efectele adverse ale mobilității transfrontaliere asupra situației familiale a unui individ sau cuplu pot fi totuși temperate, cel puțin parțial, prin luarea în discuție a imperativelor legate de protecția drepturilor fundamentale ale omului în Europa. Mai puțin prezente la nivelul conflictelor de legi ocazionate de crearea legăturii familiale, dar puternic resimțite în ceea ce privește recunoașterea situațiilor cristalizate într-o ordine juridică străină, aceste imperative sunt de natură să provoace schimbări metodologice importante în abordarea problemelor ce țin de tratamentul transfrontalier al

familiei. Admisibile și argumentabile din punctul de vedere al teoriei juridice, nu este totuși evident că acestea vor fi receptate și de către practică; de altfel, implicând compromisuri serioase și având incidențe ce merită să fie amplu dezbătute public, singura soluție judicioasă în materie ne pare a fi intervenția legiuitorului, după eventuala luare de poziție neechivocă a Curții de la Strasbourg.

¹ Prezentul studiu este finanțat din grantul de cercetare PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, coordonator conf. univ. dr. Mircea Dan Bob.

* Lector univ.dr. la FSEGA, UBB Cluj-Napoca; alinaxoprea@yahoo.fr.

² Pe lângă căsătoriile tradiționale între persoane de sex diferit, statele europene recunosc, de exemplu, căsătoriile între persoane de același sex, parteneriatele înregistrate între persoane de același sex sau de sex diferit, respectiv parteneriatele între persoane de același sex sau de sex diferit, cu incidențe semnificative asupra situației familiale și patrimoniale a celor implicați – pentru o prezentare de ansamblu, v. K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2nd ed., Intersentia, 2012.

³ Art. 2564 NCC : (1) *Aplicarea legii străine se înlătură dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român sau dacă legea străină respectivă a devenit competentă prin fraudarea legii române. În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română.* (2) *Aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului.*

⁴ Pentru Franța, v. H. Fulchiron, « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *D.* 2001, p. 1629; H. Fulchiron, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, p. 1253; M. Revillard, « Le PACS, les partenaires enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique du droit international privé », *Defrénois*, iunie 2005, p. 461; M. Schmitt, « L'incidence en France des lois Belges et Néerlandaises introduisant le mariage homosexuel », *JCP* n°1, ianuarie 2004, 1006; pentru Italia, v. C. Campiglio, *Scritti di diritto internazionale privato e penale*, Wolters Kluwer Italia, 2009, t. 1, p. 373 și urm.

⁵ V. H. Fulchiron, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *op. cit.*, p. 1254.

⁶ V. P. Wautelet, « Private International Law Aspects of Same Sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided We Stand », in K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition...*, *op. cit.*, p. 143, sp. p. 147-148.

⁷ În opoziție cu metoda practică în ceea ce privește hotărârile judecătorești străine, a căror recunoașterea este în esență condiționată doar de competența jurisdicțională a instanței străine, legea aplicabilă fiind în principiu indiferentă (vezi de exemplu art. 33-36 din Regulamentul european 44/2001 privind competența judiciară, recunoașterea și executarea hotărârilor în materie civilă și comercială).

⁸ V. B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2008, n°202, p. 177-178.

⁹ De exemplu, o căsătorie poligamă este totuși analizată, din perspectiva regulilor de DIP, ca o „căsătorie”.

¹⁰ V. H. Fulchiron, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *op. cit.*, p. 1254, ce consideră că extinderea conceptului de căsătorie pentru a include și căsătoriile între persoane de același sex ar transforma căsătoria într-o simplă „formă juridică organizată de viață în cuplu”.

- ¹¹ V. în Franța, B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, n° 202, p. 178 : „...le fait qu’il s’agisse d’une union entre personnes de sexe différent n’interdit pas en principe d’accueillir aujourd’hui dans la catégorie („mariage”, adaugarea noastră) certaines unions auxquelles des lois étrangères [...] confèrent le caractère d’un mariage (cela sans préjudice de l’intervention de l’ordre public”. V. și E. Fongaro, „Le mariage homosexuel à l’épreuve du droit international privé. À propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005”, *JDI*, 2006, p. 477, sp. p. 482-483. Pentru Germania, v. autorii citați de D. Martiny („Private International Law Aspects of Same sex Couples under German Law”, in K. Boele-Woelki, A. Fuchs (eds.), *Legal Recognition...*, op. cit.), p. 189, sp. p. 197, nota 28 subsol.
- ¹² Se pune, de exemplu, problema de a ști dacă aceste autorități, ținând cont de nerecunoașterea căsătoriei homosexuale celebrate în străinătate, vor considera că persoanele implicate („soții”) sunt, din punct de vedere juridic, celibatate, și pot, în consecință să încheie fiecare în România o altă căsătorie.
- ¹³ Ex. CJCE, 2 octombrie 2003, C-148/02, *Garcia Avello (RCDIP, 2004, p. 192)*; CJCE, 14 octombrie 2008, C-353/06, *Grunkin & Paul, RCDIP, 2009, p. 80*; *JDI*, 2009, p. 203, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2009, p. 221.
- ¹⁴ Problematika influenței libertăților de circulație asupra reglementărilor naționale în domeniul recunoașterii căsătoriilor între persoane de același sex legal încheiate într-un stat membru este una amplă și merită să fie dezvoltată într-un studiu distinct.
- ¹⁵ V. Civ. 1^{ere}, 13 martie 2007, *Bull. civ. I.*, n° 76; *Gaz. Pal.*, 22 mars 2007 n° 81, p. 10. *RTDCiv*, 2/2007, Chroniques, p. 287 și urm., „Le mariage entre personnes du même sexe renvoyé aux calendes grecques ?”, note par. J.P. Marguénaud. Totuși, la 7 noiembrie 2012, Consiliul de miniștri din Franța a adoptat un proiect de lege privind admiterea, în această țară, a căsătoriilor între persoane de același sex; preconizând între altele introducerea în Codul civil a unui articol 143 prin care se va preciza expres că „*Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*”, proiectul urmează a fi examinat de către parlament începând cu luna ianuarie 2013 – cf. *Dépêches JurisClasseur – Actualités*, 8.11.2012.
- ¹⁶ Cass. civ., 17 aprilie 1953, Rivière, *RCDIP*, 1953, p. 214, notă H. Batiffol : «*La réaction à l’encontre d’une disposition contraire à l’ordre public n’est pas la même suivant qu’elle met obstacle à l’acquisition d’un droit en France ou suivant qu’il s’agit de laisser se produire en France les effets d’un droit acquis, sans fraude, à l’étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français*».
- ¹⁷ V. Răspunsul din 9.03.2006 al ministrului francez al justiției, la întrebarea 16294 (*RCDIP*, 2006, p. 440-441).
- ¹⁸ Situația este similară celei rezervate căsătoriilor poligame celebrate în străinătate. V. de exemplu, în ceea ce privește vocația succesorală, hotărârea Curții de Apel Alger, 9 februarie 1910 (*RCDIP*, 1913, p. 10): „*l’opposition de l’ordre public à la polygamie ne fait pas obstacle à ce qu’une des femmes d’un étranger, régulièrement épousée dans son pays selon la loi applicable, agisse en pétition d’héritité alors que nous n’admettrions pas la conclusion en France d’un mariage polygamique*”; pentru o decizie mai recentă confirmând vocația succesorală, în Franța, a unei soții dintr-o căsătorie poligamă valabil încheiată în străinătate, v. C. Cass. 3 ianuarie 1980, *RCDIP*, 1980, notă H. Batiffol.
- ¹⁹ V. E. Fongaro, «*Retour sur les effets en France d’une union homosexuelle célébrée à l’étranger*», *JCP N*, 2005, 128, p. 794.
- ²⁰ Art. 45 al. 3 din legea elvețiană de DIP – «*Un mariage valablement célébré à l’étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré*»; textul a fost introdus în dreptul elvețian în 2004, prin legea privind parteneriatele înregistrate, și este în vigoare din 2007.

- ²¹ Cf. D. Martiny, „Private International Law ...”, *op. cit.*, p. 189, sp. p. 197-198. C. Apel Zweibrucken, 21 martie 2011, St.AZ 2011, citată de D. Martiny.
- ²² J. Scherpe, „Legal Recognition of Foreign Formalised Same-sex Relationships in the UK”, *International Family Law*, 2007, p. 198 și urm.; P. Wautelet, „Private international law aspects of same sex mariages...”, *op. cit.*, p. 165-166. High Court of Justice, hotărârea *Wilkinson c. Kitzinger*, 31 iulie 2006 (2006 EWHC 2022 (Fam), 2006 All ER (D) 479 (Jul)) (căsătorie homosexuală legal încheiată conform dreptului din provincia Columbia britanică, Canada, recunoscută în Marea Britanie doar ca și parteneriat civil).
- ²³ V. D. Martiny, „Private International Law Aspects...” *op. cit.*, p. 198.
- ²⁴ V., de exemplu, în ceea ce privește discriminarea copiilor nelegitimi, cauzele: *Marckx c. Belgia* (CEDO, 13 iunie 1979), *Johnston c. Irlanda* (CEDO, 18 decembrie 1986), *Inze c. Austria* (CEDO, 28 octombrie 1987); în ceea ce privește contestarea prezumției de paternitate, v. cauza *Kroon c. Olanda* (27 octombrie 1994); în ceea ce privește atribuirea numelui patronimic după căsătorie, v. cauza *Burghartz c. Elveția* (22 februarie 1994).
- ²⁵ V. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI, 2000, t. 283, sp. p. 101 și urm.
- ²⁶ CEDO, 24 iulie 2003, *Karner c. Austria*, Af. 40016/98.
- ²⁷ CEDO, 2 martie 2010, *Kozak c. Polonia*, Af.13102/02.
- ²⁸ CEDO, 28 noiembrie 2006, Af. 35748/05, *R și F c. Regatul Unit*, *RTDCiv.*, 2/2007, p. 287, „Croniques” de J.P. Marguénaud.
- ²⁹ CEDO, 28 noiembrie 2006, Af. 42971/05, *Parry c. Regatul Unit*.
- ³⁰ Regula diferenței de sex a partenerilor la căsătorie a fost reafirmată implicit de Curte în cauza *C. Goodwin c. Regatul Unit* (CEDO, 11 iulie 2002), în care s-a admis posibilitatea încheierii unei căsătorii între un transsexual și o persoană care avea același sex ca acesta înainte de operație.
- ³¹ Dreptul englez admite modificarea actelor de stare civilă în urma operațiilor de schimbare de sex, dar în cazul persoanelor căsătorite, aceasta este condiționată de divorțul prealabil.
- ³² CEDO, 13 noiembrie 2012, Af. 37359/09, *H. c. Finlanda*.
- ³³ CEDO, 24 iunie 2010, Af. 30141/04.
- ³⁴ De acord cu susținerea reclamantilor conform căreia, în societatea de astăzi, procrearea și educarea copiilor nu mai sunt elemente decisive, definitorii ale căsătoriei, Curtea refuză totuși să deducă din aceasta consecințe în ceea ce privește obligația de legiferare cu privire la mariajul homosexual. Printre statele membre ale Consiliului Europei situația este departe de a fi uniformă (6 contra 47), instituția căsătoriei este una cu conotații sociale și culturale adânc înrădăcinate și, în opinia unanimă a judecătorilor, chiar dacă Convenția trebuie interpretată ca un instrument viu, în evoluție, articolul 12 nu poate fi înțeles ca impunând statelor membre obligația de a permite persoanelor de aceeași sex accesul la instituția căsătoriei.
- ³⁵ Par. 94 al deciziei; cu aceasta, merită subliniată evoluția înregistrată în jurisprudența Curții: în decizia *Mata Estevez c. Spania*, din 10 mai 2001 (Af. 56501/00) Curtea afirma, pe de o parte, că având în vedere absența unui fond comun în materie în legislațiile statelor membre, relațiile homosexuale nu intră în sfera dreptului la respectarea vieții familiale și, pe de alta, că refuzul statului de a acorda partenerilor supraviețuitori dintr-un cuplu homosexual, în baza dreptului la protecția vieții private, o serie de prestații recunoscute soților supraviețuitori este justificat printr-un obiectiv legitim, acela al protecției căsătoriei.
- ³⁶ Este vorba de legea privind concubinajul oficial, intrată în vigoare la 1 ianuarie 2010; aceasta oferă cuplurilor de același sex un mecanism formal care permite recunoașterea și consacrarea juridică a relațiilor lor : „concubinii oficiali” se bucură de marea majoritate a drepturilor și obligațiilor pe care le au soții (fiind excluse însă, în particular, cele care privesc posibilitatea adopției sau recursul la inseminarea artificială).

- ³⁷ Suprema Corte di Cassazione, Sentenza 4184/2012, 15 martie 2012, <http://www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniSemplici/SchedaNews.asp?ID=3036>; v. F. Chiovini, M. Winkler, „Dopo la consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali”, *Giustizia Civile*, Anno LXX, fasc. 7-8, 2012, p. 1691-1717.
- ³⁸ V. Decizia citată supra, pct. 2.2.2.
- ³⁹ Decizia citată supra, pct. 4.2: *„I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere nè il diritto a contrarre matrimonio nè il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di "specifiche situazioni", il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza”* (<http://www.studiolegalecirulli.it/sentenze2012/4184-2012.htm>).
- ⁴⁰ CEDO, 28 iunie 2007, Af. 76240/01; RCDIP, 2007, p. 815, notă P. Kinsch.
- ⁴¹ Regula de conflict luxemburgheză prevede că adopția este guvernată de legea națională a adoptatorului (legea luxemburgheză, în speță); aceasta permițând adopția cu efecte depline doar cuplurilor căsătorite (art. 367 C. civ.), autoritățile au refuzat recunoașterea adopției realizate în Peru.
- ⁴² Ce presupune în planul recunoașterii un tratament parțial diferit de acela rezervat „situațiilor” juridice străine - v. *supra*, n° 8 și nota 7 subsol.
- ⁴³ V. și H. Muir-Watt, „European federalism and the „new unilateralism””, *Tul. L. Rev.*, 2008, p. 1983, sp. p. 1992 și p. 1997-1998 : *„it is clear that the reasoning under article 8 is indifferent to whether or not the situation to be recognized results from an individual (judicial or administrative) decision or whether (perhaps more exceptionally) it arose spontaneously under a given legal system on which the parties relied”*.
- ⁴⁴ CEDO, *Negrepointis c. Grecia*, 3 mai 2011, Af. 56759/08; P. Franzina, „Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad”, *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, n. 3/2011, p. 609-616, disponibil pe site-ul www.sidi-isil.org
- ⁴⁵ În plus de cele două cauze, menționate, v. și hotărârea *Hussin c. Belgia*, din 6 mai 2004, Af. 70807/0, în care Curtea apreciat că refuzul Belgiei de a recunoaște o hotărâre germană ce stabilea o legătură de filiație între un bărbat și copilul fostei soții reprezintă o ingerință în dreptul la viață familială al reclamantilor. V. și P. Franzina, „Some remarks...”, *op. cit.* : *„...the formal validity of the situation in question according to the law of the country of origin is a necessary condition for the Article 8 come into play”*.
- ⁴⁶ V. și hotărârea Tribunalului administrativ din Luxemburg, din 3 octombrie 2005, citată de P. Kinsch, „Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad - Private International Law and European Human Rights Law”, in (eds.) K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides, *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, p. 232, sp. p. 271 : în speță, un bărbat malgaș, căsătorit în Belgia cu belgian, a solicitat un permis de ședere în Luxembourg. Tribunalul a recunoscut căsătoria, decizând că în speță nu se poate invoca excepția de ordine publică internațională. Între altele, instanța a apreciat că neacordarea permisului de ședere ar reprezenta o ingerință disproporționată și nejustificată în dreptul reclamantului de a-i fi respectat dreptul la viața privată și familială, în sensul art. 8 din CEDO.

⁴⁷ V. Wagner, par. 133, *Negrepontis*, par. 74.

⁴⁸ V. și P. Franzina, „Some remarks...”, *op. cit.*; Wagner, par. 132, *Negrepontis*, par. 56

⁴⁹ A se vedea, de altfel, par. 94 din cauza *Schalk*, citată mai sus, în care Curtea a afirmat expres că : „94. ...il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de «vie familiale» au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation”.

⁵⁰ L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, E. Dubout, S. Touzé (eds.), Paris, 2010, p. 170 și urm.; H. Muir Watt, «European federalism and the „New Unilateralism”», *op. cit.*, p. 1992-1993.

⁵¹ V. P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 2004, p. 225; P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547.

⁵² Acest text rezervă totuși respectarea ordinii publice internaționale, iar problema discutată este tocmai aceea a unei recunoașteri necondiționate...

⁵³ P. Kinsch, „Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad...”, *op. cit. supra*, sp. p. 273; P. Wautelet, „PIL aspects of Same sex mariages...”, *op. cit.*, sp. p. 180 (ce vorbește de o recunoaștere *on an ad hoc basis*...).

⁵⁴ P. Franzina, „Some remarks...”, *op. cit.*; de exemplu, în cauza *Negrepontis* nu se analizează diversele opțiuni metodologice ale Greciei, ci direct rezultatul aplicării tehnicii excepției de ordine publică internațională în cazul concret..

⁵⁵ V. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, RCADI, 1989, vol. 213, p. 94 și urm.; pentru o poziție extrem de incisivă, v. A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI, 2000, t. 283, ce consideră că statele au obligația de a recunoaște legătura de familie creată în străinătate (sp. p. 82 și urm., p. 98 și urm.), chiar dacă excepția de ordine publică ar trebui să fie desconsiderată (p. 104 și urm.).

⁵⁶ În cauza *Negrepontis*, Curtea nu a avut nicio problemă să verifice dacă refuzul Greciei de a recunoaște adopția străină (justificat prin intervenția ordinii publice internaționale) este o măsură proporțională scopului urmărit – v. par. 68 și urm.

⁵⁷ A se vedea deja, pentru o fațetă a acestei influențe, hotărârea CEDO, 20 iulie 2001, *Pellegrini*, *RCDIP*, n° 1/2004, p. 114, notă L.L. Christians, prin care Curtea a condamnat Italia pentru încălcarea art. 6 CEDO (dreptul la un proces echitabil) într-o speță în care autoritățile italiene au recunoscut o hotărâre de anulare a unei căsătorii între doi italieni, în ciuda faptului că aceasta fusese pronunțată de Rota de la Vatican fără ca reclamanta să fi avut posibilitatea să se apere. În urma acestei decizii, se consideră că ordinea publică internațională utilizată de statele europene în contenciosul recunoașterii hotărârilor străine ar trebui să integreze și drepturile fundamentale ale omului (așa cum sunt ele definite prin Convenția europeană a drepturilor omului). Pentru o explicație detaliată, v. A. Oprea, „Convenția Europeană a Drepturilor Omului și aplicarea normelor străine în dreptul internațional privat”, *Revista română de drept internațional privat și drept privat comparat*, 1/2006, p. 341, sp. p. 356 și urm.

- ⁵⁸ Ordinea publică poate evolua în timp și spațiu; intervenția sa presupune o apreciere *in concreto* a datelor cauzei – V. B. Audit, *op. cit.*, n° 315 și urm., p. 270-275.
- ⁵⁹ Ordinea publică internațională a fiecărui stat nu mai este alcătuită astăzi doar din valori pur naționale, ci și din valori de sursă europeană. V. textul art. 2564 al. 2 NCC, citat supra, precum și studiul nostru „CEDO și aplicarea normelor străine în dreptul internațional privat”, citat mai sus.
- ⁶⁰ B. Audit, *op. cit.*, n° 310, p. 266. De exemplu, în trecut, în Belgia s-a considerat că excepția de ordine publică internațională poate fi utilizată ca motiv de refuz de recunoaștere a căsătoriilor homosexuale încheiate în străinătate; odată cu legiferarea acestora în plan intern, conținutul excepției s-a schimbat în mod corespunzător (v. supra, n° 6).
- ⁶¹ V. de ex. P. Franzina, *op. cit.* : „Whenever local rules or practices fall short of European standards, as they result from Article 8, public policy – once it is construed as a merger of national and supra-national factors – prevents local courts from relying on local (inadequate) standards of protection, thus implicitly promoting an evolution of domestic law”. V., de asemenea, A. Bucher, *La famille...*, *op. cit.*, p. 86 : „... L’Etat du for, après avoir constaté une violation de l’ordre public des droits de l’homme, doit trouver une solution de droit matériel respectant la vie familiale au sens de l’article 8 de la CEDH”.
- ⁶² Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, din 4 iulie 2012, privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor, JOUE, 27 iulie 2012, L. 201/107.
- ⁶³ Cu privire la care, v. supra n° 10. Pentru o prezentare detaliată, v. N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, teza dactil., Univ. Robert Schuman, Strasbourg, 2003.
- ⁶⁴ V. B. Audit, *op. cit.*, n° 656, p. 543.

**TRADIȚIA IROSITĂ:
REGIMURILE MATRIMONIALE DIN VECHIUL COD CIVIL¹**

Paul VASILESCU*

Résumé : Tradition gâchée: les régimes matrimoniaux de l'ancien code civil. *Bref. Avant d'observer les régimes matrimoniaux mis en œuvre par le nouveau code civil roumain de 2009, il convient de jeter un regard sur le mécanisme légal existant en la matière dans l'ancien code civil de 1865, tout en ignorant les dispositions du code de la famille de 1954 mises à l'écart, elles aussi, par la nouvelle loi civile de 2009. Du coup, nous analyserons dans cette étude l'incapacité civile de la femme mariée (1), le régime séparatiste légal (2), la dot en régime conventionnel (3) et la société d'acquêts (4), en parachevant notre recherche avec une halte finale au régime des libéralités compatibles avec la dot (5).*

Mots clés : régimes matrimoniaux ; code civil ; incapacité ; femme mariée ; séparation des biens ; régime dotal ; société d'acquêts ; libéralités

Cuvinte cheie : regimuri matrimoniale ; cod civil ; incapacitate ; femeie măritată ; separație de bunuri ; regim dotal ; societate de achiziții ; liberalități

Anterior vechiului Codul civil, regimul matrimonial, care însoțea uzual căsătoria la români, era unul de tip dotal². Specie a regimului de separație³, dota va fi preluată și de Codul civil din 1865, dar nu pe filieră bizantină sau prin valorificarea cutumei locale, ci prin importul de legislație franceză (Codul Napoleon). Este vorba, deci, despre o simplă coincidență. O coincidență legislativă, care a asigurat continuitatea regimurilor de tip dotal până în 01 februarie 1954, data de apariție a Codului familiei, care a instituit un singur regim matrimonial, cel de comunitate. Adoptarea unui nou Cod civil în 2009 nu a reluat tradiția juridică matrimonială separatistă, dar a reinstaurat libertatea regimurilor matrimoniale. Din acest unghi, din 2011 asistăm la o restaurație parțială a sistemului patrimonial matrimonial, care a repus în drepturi doar libertatea alegerii regimului matrimonial, păstrându-se comunitatea ca regim legal. Se poate vedea aici o combinație de două tradiții? O preluare selectivă și oportunistă de principii și reglementări, puse în opera de noul

Cod civil? Înainte de a răspunde la ultima întrebare, aici este locul să ne ocupăm doar de regimurile matrimoniale așa cum au fost ele reglementate în vechiul Cod civil de la 1865.

Cu aplicarea vechiului Cod civil⁴ s-a deschis o etapă nouă în evoluția legislativă a regimurilor matrimoniale, nu atât prin noutățile legislative aduse, cât prin faptul că materia era formal mai sistematizată, marcându-se și trecerea efectivă de la cutumă la dreptul scris. Codul civil român din 1865 a fost elaborat după modelul omonim francez de la 1804; majoritatea dispozițiilor în materie fiind preluate din acesta, unele influențe ale codului civil italian sunt de asemenea decelabile. Dincolo însă de legiuirea franceză care i-a stat drept model, legiuitorul român nu a înțeles să împrumute și regimul matrimonial legal defipt de Codul Napoleon⁵. Fidel tradiției dreptului cutumiar franc, acesta a instituit ca regim legal comunitatea mobilelor și achizițiilor, cu reglementarea alternativă a regimului dotal – propriu țării dreptului vechi scris, și a unei societăți de achiziții. Legea română a preferat ca regim legal regimul separatist, cu reglementarea alternativă a dotei și – în subsidiar, a societății de achiziții, care putea fi săvârșită între soți. Deci, ceea ce e de reținut este că în materia regimurilor matrimoniale orice analogii între legislația română și cea franceză a timpului trebuie să se mărginească la regimul de dotă.

În epocă au fost numeroase discuții cu privire la determinarea regimului legal sau de drept comun – cum se spunea atunci. Aceasta, deoarece Codul civil nu conținea nicio dispoziție expresă în sensul proclamării vreunui regim matrimonial ca fiind aplicabil în lipsă de convenție matrimonială. Partizanii unei viziuni tradiționaliste au conchis, în temeiul art. 1223 și 1227 C.civ.⁶, că – în fond, legiuitorul nu a vrut decât să continue aplicarea regimurilor dotale, deja existente, și sub legea nouă⁷, cu unele modificări. Aceleași texte de lege au fost însă folosite și de adversarii ideii regimului dotal ca regim legal, arătându-se că acesta ar fi un regim special⁸, datorită faptului că de esența dotei este indisponibilizarea imobilelor dotale, aspect care marchează deja o derogare de la regula dreptului comun în materie de bunuri. Disputa doctrinară s-a stins în cele din urmă în primii ani ai secolului al XX-lea, jurisprudența dând câștig de cauză celor care au considerat că regimul legal este cel de separație propriu-zisă.

Sistemul regimurilor matrimoniale puse în operă de Codul civil a fost unul în acord cu tradiția românească, dar și cu legislația timpului. În general, Codul nu a derogat de la dreptul anterior, în special de la obiceiul înzestrării, după cum nu i-a adus elemente de noutate spectaculoase. Singura excepție notabilă – care privea indirect orice regim matrimonial concret, a fost consacrarea legală a incapacității femeii măritate. Totuși, doar puterea maritală a bărbatului a fost specifică dreptului român vechi, iar nu și incapacitatea femeii căsătorite. Această din urmă instituție a

fost preluată în întregime din Codul Napoleon. Tot spre deosebire de acesta, legea civilă română nu a înțeles să preia dispozițiile legate de divorț și de separația de corp. După cum Codul civil nu a preluat din dreptul vechi nici instituția logodnei, care nu a fost reglementată nici în Codul Napoleon, deși ea era practică atât în dreptul vechi francez, cât și de strămoșii noștri.

Dacă s-ar încerca o caracterizare de ansamblu a reglementării regimurilor matrimoniale existente în sistemul Codului civil din 1865, ar trebui să subliniem că acestea erau libere și imutabile, iar regimul legal era de tip separatist. Codul civil român recunoștea *de plano* (art. 1223 și 1224) libertatea convențiilor matrimoniale, sub condiția observării normelor imperative speciale căsătoriei și a celor generale. Regimul matrimonial se stabilea anterior datei celebrării căsătoriei și nu putea fi modificat voluntar în cursul acesteia (art. 1228), contrar tradiției *jus valachicum*. Regimul legal aplicabil concret, dacă soții nu înțelegeau să încheie un contract de căsătorie, era cel de separație a bunurilor sau a patrimoniilor soților. Regim în care fiecare își păstra proprietatea bunurilor cu care intra în căsătorie, iar averea dobândită de oricare dintre soți nu descria o masă comună de bunuri. Interferențele patrimoniale dintre soți erau însă datorate (1) incapacității femeii și (2) obligațiilor de a participa la sarcinile căsătoriei (art. 1266 și 1284). Deși – principial, cei care se căsătoreau puteau să aleagă un regim arătat de lege sau să creeze propriul lor regim matrimonial (chiar de comunitate), din punct de vedere practic cel mai răspândit regim era cel dotal.

Din acest motiv, mai jos vom trece în revistă reglementarea dotei (3), nu înainte de a înfățișa cadrul specific în care se desfășura orice regim matrimonial concret (1), precum și regimul matrimonial legal separatist (2), neuitând să analizăm reglementarea societății de achiziții (4), pentru ca în final să facem câteva aprecieri despre specificul liberalităților legate de regimul matrimonial aplicabil (5).

(1) Incapacității femeii măritate. Fideli ideii că un regim matrimonial nu poate fi înțeles corect decât dacă se schițează statutul juridic al femeii căsătorite, vom încerca în cele ce urmează să creionăm elementele esențiale ale acestuia după Codul civil. Codul s-a abătut de la tradiția juridică română, împrumutând din dreptul francez, iar nu din cel roman, o restricție: incapacității femeii măritate. Această incapacitate a dăinuit juridic din 1865 până în 1932⁹, fiind sever criticată în epocă. Dincolo de aspectul strict normativ, se pare că practic această incapacitate nu a constituit o opreliște atât de mare precum am fi tentați astăzi să credem, din moment ce autorizația bărbatului putea fi suplinită de aceea a instanței, iar ecoul doctrinar al abrogării incapacității a fost minim. În fond, ne aflăm în prezența unei situații în care litera legii pare mai aspră decât moravurile și practicile vremii. Cu

toate acestea, este evident că orice incapacitate a femeii – măritate sau nu, este un indiciu al puterii masculine – maritale sau nu, bazate pe discriminarea seculară dintre sexe, o segregare pe cât de revolută, pe atât de stupidă.

Puterea maritală a bărbatului era un dat juridic în secolul al XIX-lea, care s-a transmis din dreptul roman, iar incapacitatea femeii nu era decât un complement sau derivat al acesteia. Căsătoria fiind concepută¹⁰ ca o societate între soți, poziția bărbatului de a fi capul acesteia se explica și prin faptul că orice asociere trebuie să aibă și un șef, iar în familie – prin tradiție și natură, acesta nu putea fi decât bărbatul¹¹. Din acest punct de vedere, este cel puțin ciudat, dacă nu chiar complet anapoda, ca statutul de incapabil al femeii măritate să fie criticat, dar să se admită fără scrupule (cel puțin logice) că bărbatul era capul femeii¹². În consecință, puterea maritală a bărbatului avea nevoie de incapacitatea femeii sale, pentru a se putea desăvârși juridic imperialismul viril. Dar ce este în fond această incapacitate a femeii, impusă doar prin actul (liber!) al căsătoriei?

„Femeia are o capacitate parțială, în virtutea căreia poate să administreze liber și să se folosească de averea sa fără nici o autorizație; ea poate de asemenea aliena cu titlu oneros, fără autorizație, averea sa mobilă (...). Dar pentru toate celelalte acte, fie ale (sic!) alienației cu titlu gratuit sau oneros, acțiuni în justiție, achiziții, obligații etc., femeia are nevoie, pentru a le putea face în mod valabil, de autorizația bărbatului sau, în lipsă, a justiției.”¹³

Lipsa capacității femeii începea din momentul celebrării căsătoriei și înceta la desfacerea sau încetarea acesteia¹⁴. Restrângerea capacității nu era legată de vreun regim matrimonial concret, ci de statutul de persoană căsătorită a femeii (art. 194 alin. 2). Din punct de vedere tehnic, incapacitatea femeii măritate era una de exercițiu și avea un caracter absolut¹⁵ și special¹⁶. Incapacitatea a fost calchiată după aceea a minorului emancipat, precizându-se că nu este totuși atât de strictă ca în situația celei care lovea minorul¹⁷. Dar, ca și în cazul acestuia, se aplica același raționament pentru a se determina actele care puteau fi încheiate de femeie singură: regula este incapacitatea femeii, excepția fiind capacitatea sa. Deși de ordine publică, fiind concepută și aplicată însă ca un mijloc de protecție, incapacitatea femeii atrăgea anulabilitatea actului juridic încheiat de aceasta în sfidarea autorizării maritale sau judecătorești. Nulitatea relativă putea fi invocată doar de femeie sau bărbatul său, la care se adăugau, firesc, moștenitorii lor. Acțiunea în anulabilitatea actelor femeii neautorizate era prescriptibilă în termen de 10 ani (art. 1900 C.civ.)¹⁸, cu posibilitatea de a renunța la ea sau de a se confirma actul de bărbat. Deci, din punct de vedere practic, femeia încheia singură actul, dar cu autorizarea cerută de lege, de unde rezultă că între soți nu erau raporturi de reprezentare legală, ca în cazul minorilor nevârșnici sau a minorilor de peste 14 ani de astăzi. Autorizarea maritală era dată

expres sau tacit pentru fiecare act, iar în caz de refuz sau neputință de încuviințare, aceasta era înlocuită cu o autorizare judecătorească (art. 201, 1265 și 1285 C.civ.).

Care era, însă, conținutul capacității femeii măritate? Aceasta putea încheia – în principiu, indiferent de regimul matrimonial aplicabil, o serie de acte juridice pentru care nu se impunea autorizarea bărbatului, iar toate aceste acte se refereau exclusiv la *bunurile proprii*. Astfel, femeia putea testa, fără ca acest act să necesite autorizarea bărbatului. În regulă generală, femeia căsătorită putea face singură orice act juridic de folosință, administrare și conservare a averii sale mobiliare sau mobiliare. Ar putea fi cuprinse aici, acte precum: arenda sau locația; culegerea fructelor bunurilor proprii; realizarea reparațiilor acestor bunuri; primirea de sume bănești cu titlu de plată; plasarea economiilor în conturi proprii; înscrierea unei ipoteci sau întreruperea cursului unei prescripții; partajul mobilier etc. Actele de înstrăinare oneroasă a bunurilor mobile proprii au suscitată o vie polemică în epoca aplicării Codului civil până la momentul (20.04.1932) modificării art. 1285 și a abrogării art. 199¹⁹. Dar, chiar și înainte de modificările legislative impuse de ridicarea incapacității femeii măritate, majoritatea autorilor acceptau, în contra curentului jurisprudențial, că femeia poate face acte de înstrăinare oneroasă cu bunurile sale mobile²⁰.

În timpul aplicării incapacității propriu-zise a femeii măritate (01.12.1865 – 20.04.1932), aceasta era oprită să fie gratificată prin liberalități *inter vivos*. După cum imposibil era ca ea să achiziționeze sau să înstrăineze valid imobile prin acte oneroase (art. 199 C.civ.). După abrogarea art. 199 C.civ.²¹, femeia avea nevoie de autorizarea bărbatului său doar pentru înstrăinarea (oneroasă sau nu) a imobilelor care-i aparțineau (art. 1265 C.civ.), pentru celelalte acte de dispoziție ea ne mai având nevoie de autorizare maritală sau judecătorească.

Incapacitatea femeii măritate privea deci – în regulă generală, orice act extrajudiciar care depășea sfera celor de administrare, cu exigența obținerii autorizației în toate celelalte cazuri. Pentru actele judiciare, incapacitatea era și mai drastică (până la data de 20.04.1932). Astfel, femeia nu putea sta în judecată²² (ca reclamant sau pârât) fără autorizare maritală, chiar dacă cauza dedusă judecății privea un act pe care femeia putea să-l încheie valid și singură (art. 197 C.civ.)²³.

(2) Regimul matrimonial legal de separație. Codul civil român nu a înțeles să instituie *expressis verbis* un regim legal, după cum nici măcar nu i-a schițat regulile²⁴ elementare. Acestea au fost însă împrumutate de la regimul dotal și de la instituția separației de patrimonii (art. 1256 -1270 C.civ.). Dincolo de toate acestea, putem spune că regimul separatist era unul clasic, ciudat fiind faptul că legiuitorul a înțeles să reglementeze separația de patrimonii²⁵, mecanism specific regimurilor comunitare

și arareori atașat separației de corp. Bizareria constă în aceea că Codul civil nu a cunoscut niciodată separația de corp²⁶, iar regimul de comunitate matrimonială nu a fost nici măcar pomenit de legiuitor. Adevărat, însă, că separația de patrimonii se putea aplica și regimului dotal, ca și comunității restrânse, care ar fi rezultat din adoptarea unei societăți de achiziții.

Între regimul matrimonial separatist și separația de patrimonii există numeroase deosebiri, deși unele reguli ale acestei din urmă instituții au fost aplicate în epocă și regimului dotal sau celui de separație. Astfel²⁷: (1) regimul separatist era un regim matrimonial legal²⁸, pe când separația de patrimonii era doar o instituție aplicabilă în caz de criză patrimonială a căsătoriei; relațiile normative dintre acestea sunt de la întreg la parte; (2) separația de patrimonii era o instituție judiciară, regimul separatist era unul legal – diferență de sursă, deci; (3) separația de patrimonii era limitată în timp și supusă altor condiții de formă și fond decât regimul de separație; (4) separația de patrimonii avea un caracter extraordinar, fiind o excepție de la regula imutabilității regimurilor matrimoniale, pe când separația matrimonială era o instituție juridică ordinară; (5) separația de patrimonii modifica temporar și fragmentar raporturile patrimoniale dintre soți, indiferent de regimul matrimonial concret aplicabil lor, pe când instituirea regimul separatist înlătura definitiv posibilitatea ca soții să opteze pentru un alt regim concret.

Dar ce este, în fond, separația de patrimonii? În general, raportat la orice regim matrimonial al timpului, prin separația de patrimonii (sau de bunuri) trebuie să înțelegem mijlocul judiciar prin care femeia măritată pune capăt puterilor de administrare ale bărbatului asupra bunurilor matrimoniale. Acest lucru se solda și cu modificarea regimului matrimonial, dacă cel inițial nu era de separație. În special și raportat doar la regimul dotal, separația de patrimonii era instituția judiciară prin care femeia determina încetarea dreptului de administrare al bărbatului asupra dotei, cu efectul restituirii acesteia. În fond, când regimul matrimonial aplicabil era cel dotal, de esența separației de patrimonii era nu atât încetarea puterilor masculine de gestiune (efect secundar), cât restituirea anticipată a dotei (efect principal).

Înainte de toate, ar mai fi de observat că sintagma „separație de patrimonii” era total nepotrivită²⁹. O dată, noțiunea ar putea sugera o apropiere de separația de patrimonii din materia succesorală³⁰ (art. 781 C.civ.), apoi sintagma ar insinua ideea că între soți ar fi existat în mod necesar o comunitate de bunuri. Dar, în primul rând, nu se poate angaja nicio paralelă între separația de patrimonii succesorală și cea matrimonială. În al doilea rând, Codul civil a reglementat separația de patrimonii expres doar pentru regimul dotal (art. 1256), care era unul de separație, iar nu de comunitate. Separația de patrimonii – ca mecanism judiciar, putea fi însă extinsă pretorian la orice regim matrimonial, ea având rațiunea de a constitui un mijloc de

protecție a femeii măritate. Prin urmare, prin „separația matrimonială de patrimonii” trebuie să înțelegem în fond o „separație de administrare”, cu efectul că bărbatului i se ridică puterea de a gestiona bunurile femeii sale, datorită faptului că el³¹ era pe cale să pună în pericol bunurile dotale ale femeii.

În sensul său special, raportat, deci, la regimul dotal, separația de patrimonii era o măsură extraordinară, care punea capăt puterilor dotale de administrare ale bărbatului, cu efectul esențial al restituirii dotei și a instaurării unui regim pur de separație între soți (art. 1265 C.civ.). Ceea ce echivala însă cu existența unui regim dotal fără dotă! În plus, extraordinarul separației de patrimonii rezida și din aceea că ea modifica regimul matrimonial inițial aplicabil, în condițiile în care regula Codului civil era imutabilitatea regimului (art. 1232). Autoritatea maritală subzista instaurării separației de patrimonii doar pentru imobile, deoarece acestea nu puteau fi înstrăinate de către femeie decât cu autorizația bărbatului. Pentru a încheia, trebuie notat că prin separația de patrimonii toate bunurile femeii deveneau parafernale, iar aceasta putea dispune de ele cu respectarea regulilor prescrise de incapacitatea sa maritală.

Dacă soții erau separați (legal sau judiciar), aceasta nu înseamnă că între ei orice legătură juridică era sistată. Înainte de toate, femeia trebuia să contribuie la sarcinile căsătoriei „după puterea mijloacelor sale” (art. 1266 C.civ.). Apoi, soții puteau contracta cu terții, dobândind în indiviziune unele bunuri, cu efectul realizării unei (pseudo-) mase de bunuri comune, după cum puteau contracta între ei după dreptul comun și cu respectarea incapacităților maritale. Astfel, de pildă, vinderile între soți erau prohibite (art. 1307 C.civ.), iar donațiile aveau un regim special.

(3) Regimul matrimonial dotal. Acesta a fost singurul regim matrimonial căruia Codul civil din 1865 a înțeles să-i dea o formă normativă rotundă, chiar dacă nu exhaustivă. Din punct de vedere practic, dota era și cea mai răspândită convenție matrimonială în epocă, continuându-se astfel, nu numai legislativ, ci și practic, o tradiție juridică ce se pierde în veacuri. Dar ce trebuie să înțelegem prin dotă? Cuvântul a fost folosit, de legiuitor, doctrină și practica judiciară, în diferite sensuri. Astfel, prin „dotă” se desemnau realități distincte, dar foarte strâns legate. Dota desemna regimul matrimonial în ansamblul său, ca sistem normativ aplicabil raporturilor patrimoniale dintre soți. Prin „dotă” se înțelegea – apoi, contractul matrimonial prin care se instituia regimul concret aplicabil între bărbatul și femeia căsătoriți. După cum, același cuvânt semnifica și bunul sau bunurile, care constituiau suportul patrimonial al regimului matrimonial omonim. Evident că din context se poate desprinde cu claritate, de fiecare dată când „dota” e folosită, la care realitate, dintre cele trei, ne referim.

Ca regim matrimonial, dota se concretiza într-unul separatist de sorginte convențională, prin care anumite bunuri erau oferite în administrarea bărbatului, cu scopul ca acesta să suporte sarcinile căsătoriei. Dota s-a bucurat și de o definiție legală (art. 1233 C.civ.). De esența regimului dotal este că el se prezintă ca un regim separatist³², cu efectul divizării bunurilor femeii în două mase distincte: bunuri dotale și parafernale³³ (art. 1283 C.civ.). Nici constituirea dotei, nici puterile bărbătești maritale asupra dotei, nu sunt de esența, ci doar de natura dotei sau – mai exact, de natura funcționării regimului. Pentru dreptul român din epocă, atât de înrădăcinată a fost această idee, încât regimul dotal era considerat dreptul comun al separației dintre soți, aspect întărit și de faptul că legea nu a reglementat expres separația. Dar argumentele tehnice nu au lipsit, nici ele, pentru a considera dota un regim de separație.

Astfel, una dintre reguli era că orice bun al femeii dotate este prezumat parafernă, dacă nu se dovedește contrariul, anume că ar fi dotal (art. 1283 C.civ.). Acest principiu se explică prin aceea că regimul juridic al averii dotale era unul extraordinar, chiar dacă nu de drept strict. Regimul juridic dotal deroga atât de mult de la dreptul comun al proprietății, încât a fost limpede că el nu trebuia extins la orice bun al femeii, doar prin simplul fapt că aceasta era măritată sub regimul dotal.

În al doilea rând, *illo tempore* s-a arătat³⁴ că regimul matrimonial dotal poate să funcționeze și fără o constituire efectivă de dotă, adică în lipsa averii dotale. Acest lucru era posibil deoarece dota putea fi constituită și pentru bunurile viitoare ale femeii, bunuri care se puteau dovedi a fi – în fond, doar eventuale. Evident că acest aspect a reprezentat mai mult o excepție, pentru că regimul dotal nu poate să funcționeze efectiv ca dotal în lipsa averii omonime. Ce interesează aici, este faptul că „dota fără dotă” e un argument atât pentru cele puse deja în discuție, cât și pentru susținerea că regimul matrimonial legal al vremii era de tip separatist. Iar în cazul dotei fără suport patrimonial, soții erau în fond căsătoriți sub un regim pur de separație. În al treilea rând, regimul dotal nu avea, prin mecanismele sale, vocația de a crea o masă de bunuri comune soților, în ciuda unor expresii de genul că „dota este un bun de familie”³⁵, exprimări care ar putea induce astăzi în eroare, dar pe vremuri nu erau decât simple figuri de stil. În fine, regimul separatist instituit de dotă este oglindit și de mecanismele gestiunii bunurilor dotale. De natura acestui regim era ca bunurile aduse dotă să treacă în folosința și administrarea bărbatului; în regulă generală – *de lege lata*, femeia nu avea un drept propriu sau concurent de gerare a dotei. Prin urmare – dar în altă ordine de idei, a susține că regimul comunitar este de tradiția poporului român, înseamnă a decreta că aceasta începe din 01.02.1954, adică a reduce întreaga tradiție juridică românească la reglementarea comunistă a regimului matrimonial unic.

Convenția matrimonială de dotă respecta și reflecta reglementarea legală în materie. Astfel, principiul care governa era acela al libertății de voință, părțile având posibilitatea să-și amenajeze regimul dotal după cum credeau de cuviință (art. 1224). Evident că trebuiau respectate dispozițiile imperative în materie, dintre care cele mai importante erau acelea care reduceau capacitatea de exercițiu a femeii măritate (până în 20.04.1932) și imutabilitatea dotei. Asupra incapacității maritale a femeii nu mai revenim, fiind deja expusă, iar regimul dotal nu-i imprima nici un element de specific. În ceea ce privește imutabilitatea dotei, ar trebui făcute câteva precizări.

Astfel, va trebui să includem aici atât regula imutabilitatea convenției de dotă (art. 1232 C.civ.), cât și fixitatea suportului său patrimonial. Dacă prima regulă nu este decât o aplicare a principiului general consacrat de Codul civil, după care soții nu pot voluntar modifica în timpul căsătoriei regimul lor matrimonial, cea de a doua este specifică dotei. Această din urmă regulă se concretiza în aceea că soții nu puteau să modifice întinderea drepturilor dotale, prin micșorarea sau mărirea averii dotale (art. 1236 C.civ.). Cea mai importantă derogare de la principiul imutabilității dotei (înțeleasă atât ca act juridic, cât și ca bun) era separația judiciară de patrimonii, despre care am pomenit mai sus și nu mai revenim în amănunt. Aici este locul să notăm că separația de patrimonii pune capăt regimului matrimonial dotal, înlocuindu-l cu unul de pură separație între soți. Iar la nivelul averii dotale, efectul esențial al separației de patrimonii era că dota se restituia femeii – înfrângându-se astfel și principiul intangibilității ei.

Una dintre cele mai controversate chestiuni – în epoca aplicării regimului dotal, a fost aceea a caracterizării juridice a dotei. Dacă aceasta este un contract, care erau însă caracterele sale juridice³⁶? Mai multe opinii au fost formulate, punctul comun al controverselor fiind acela de a determina dacă dota era un act oneros sau o liberalitate³⁷. Astfel, după jurisprudența franceză a timpului, s-a considerat că dota este un contract oneros în toate cazurile. Aceasta pentru că: 1) bărbatul se folosește de bunurile dotale; 2) constituirea dotei era garantată pentru evicțiune ca și vinderea (art. 1240 C.civ.) și 3) constituirea dotei poate fi privită ca executarea unei obligații naturale³⁸, atunci când înzestrătorii sunt părinții femeii. Evident că aceste argumente au fost respinse, deoarece nu corespundeau decât foarte puțin caracterizării juridice a dotei. Astfel, ultimul argument nu valorează nimic, dacă dota era constituită de femeie, viitorul său bărbat sau de un terț; apoi garanția de evicțiune se poate găsi și în materie de donații *sub modo*, cu care mai degrabă aducea dota. Și – în ultimul rând, s-a arătat că bunurile dotale nu profitau direct bărbatului, ci familiei, deoarece cauza juridică a constituirii dotei era ca acesta să susțină patrimonial familia, iar nu nevoile bărbatului, care oricum nu devenea – decât excepțional, proprietarul averii dotale.

Tot de inspirație franceză a fost și practica judiciară dominantă a vremii. Aceasta considera că dota – convenția matrimonială, are un caracter mixt: e gratuită față de femeie și oneroasă față de bărbat. Dota era o donație pentru femeie, indiferent cine era constituitorul ei³⁹. Dar o donație care deroga de la dreptul comun⁴⁰, fiind considerată excepțională și privilegiată⁴¹. Astfel, ea nu era revocabilă pentru ingratitudine (art. 835 C.civ.), dobânzile dotei curgeau de drept de la celebrarea căsătoriei (art. 1241 C.civ.), după cum donația dotală dădea recurs în garanție pentru evicțiune sau vicii ascunse, ca la vindere (art. 1240 C.civ.). Pentru bărbat, actul dotal era considerat unul oneros, datorită drepturilor și obligațiilor pe care le avea acesta în calitate de administrator al dotei, precum și a obligației de restituire a acesteia la disoluția regimului matrimonial.

Dacă privim astăzi regimul *de lege lata* al dotei și facem un inventar al drepturilor și obligațiilor bărbatului, s-ar putea să ajungem la o altă părere. Anume, că problema nu a fost foarte inspirat pusă. Dota nu poate fi oneroasă pentru bărbat, deoarece aceasta nu era constituită pentru a-i procura lui un avantaj (art. 945 C.civ.), ci pentru a susține sarcinile căsătoriei (art. 1223 C.civ.). Constituirea de dotă nu-l scutea pe bărbat de a contribui și el la aceste sarcini și altfel decât administrând avutul dotal, din moment ce femeia separată era ținută la o astfel de obligație (art. 1266 și 1284 C.civ.). Mai mult, dacă s-ar face un inventar chiar succint al îndatoririlor juridice și drepturilor pe care le avea bărbatul asupra bunurilor femeii înzestrate, se va putea ajunge la cu totul altă concluzie.

Astfel, se poate observa că dota rămâne în proprietate femeii, deci bărbatul nu avea un drept real, ca în dreptul roman, asupra dotei. Iar în cazul dotei formate din bunuri mobile, care deveneau proprietatea bărbatului, acesta era ținut ca debitor al prețului acestor mobile (art. 1245 C.civ.). Mai departe, bărbatul avea acțiunile dotale, dar mai ales un drept de administrare asupra dotei (art. 1242 C.civ.), fiind asimilat – în această calitate, cu un uzufructuar și deținând toate drepturile și obligațiile acestuia (art. 1243 C.civ.). În anumite condiții, bărbatul avea dreptul de a reclama revocarea vinderilor imobilelor dotale, dar era ținut și de daune-interese, când vinderea s-a făcut și cu concursul lui (art. 1255 C.civ.). Și – pentru a încheia lista, bărbatul trebuia obligatoriu să suporte ipoteca legală a femeii măritate (art. 1281 C.civ.), după cum era esențialmente ținut să restituie dota la încetarea regimului matrimonial dotal (art. 1256 și 1271 C.civ.). Ce ar trebui să deducem din această înșiruire?

În primul rând, toate drepturile pe care le avea bărbatul asupra averii dotale trebuiau exercitate în interesul familiei – cum se spune astăzi, adică în susținerea cheltuielilor ei, iar nu în interes propriu sau străin. Dacă bărbatul deturna folosirea dotei, femeia avea posibilitatea să pună capăt regimului dotal, prin separația

judiciară de patrimonii (art. 1256 C.civ.). Sancțiune mai drastică și garanție mai fermă a conservării averii femeii nu se putea! În al doilea rând, dacă ne raportăm la unele categorii juridice, care ar putea sugera onerozitatea dotei pentru bărbat (e.g. revocarea vinderilor dotale sau restituirea dotei), se poate lesne observa că termenii ne joacă o festă. Astfel, revocarea amintită nu era decât o acțiune în nulitatea actului de înstrăinare a fondului dotal, care era inalienabil (art. 1248 C.civ.). Iar restituirea dotei sugerează doar amăgitor că bărbatul ar fi avut vreodată proprietatea acesteia, deoarece el nu putea să aibă decât cel mult o detenție precară a proprietății imobiliare, care aparținea cu titlu de proprietate femeii sale. În fond, restituirea dotei (1271-1280 C.civ.) nu era decât o altă manieră de a desemna lichidarea regimului dotal, iar ceea ce se restituia era doar administrarea *de jure* a bunurilor dotale, administrare care – în timpul căsătoriei, a aparținut bărbatului. În consecință, după noi, nici vorbă despre vreun caracter oneros al dotei, pentru bărbat.

Idea onerozității avea interes practic pentru acțiunea pauliană pornită de creditorii capului familiei în contra acestuia, iar poziția lor era îngreunată, pentru că trebuia dovedită și convența dintre bărbat și cocontractanții săi frauduloși. Pe de altă parte, nu este exclus ca spiritul epocii – dominat nu numai juridic de puterea maritală a bărbatului, să impună ideea că – pentru acesta, administrarea avutului altuia este o lucrare oneroasă. După noi, raporturile juridice, care descriu situația bărbatului sub regim dotal, împrumută mai degrabă unele caractere ale raporturilor sinalagmatice, decât oneroase. Raporturile juridice complexe în care intra bărbatul ca administrator al averii dotale sugerează ideea de sinalagmatic (art. 943 C.civ.), care însă nu decurgeau automat (sau necesar) din convenția matrimonială, ci din lege. *De lege lata*, bărbatul era obligat la restituirea dotei, la administrarea ca un bun uzufructuar a acesteia etc., ceea ce ne-ar permite să gândim că raporturile dintre soți erau sinalagmatice, iar nu neapărat oneroase. Iar relația de reciprocitate esențială era cea care se stabilea între constituirea dotei și administrarea ei, fiind de aplicat în toate cazurile în care dota nu era adusă de bărbat.

În ceea ce privește dota privită ca avere, aceasta se putea concretiza în orice bun. Pentru existența juridică a dotei era indiferent dacă în discuție era un bun de o valoare redusă, medie sau foarte mare. Din punctul de vedere al existenței dotei, nu conta – de asemenea, specia bunului: dacă bunurile erau mobile și/sau imobile, creanțe sau prestații periodice în natură, bunuri fungibile și consumptibile, drepturi prezente sau viitoare, bunuri luate *ut universali* sau *ut singuli*, drepturi exclusive sau fracțiuni de drept etc. Regula era că orice bun sau drept aflat în circuitul civil putea fi adus ca dotă. Cert, uneori natura bunului sau caracteristicile acestuia atrăgeau aplicarea de reguli specifice. Astfel, bunurile imobile⁴² erau indisponibilizate, ca urmare a faptului că ele erau aduse ca dotă (art. 1248 C.civ.); mobilele puteau trece

din proprietatea femeii în aceea a bărbatului său (art. 1245, 1246 C.civ.) etc. Unele precizări se impun, însă, în legătură cu faptul că dota era constituită (de femeie sau de un terț) din bunuri prezente sau viitoare, dar acestea le vom face mai jos.

În ciuda tradiției sale, regimul matrimonial dotal nu a fost scutit de critici din partea doctrinei. Astfel, s-a criticat în special inalienabilitatea bunurilor dotale, dar și a bunurilor bărbatului (grevate de ipoteca femeii măritate), care constituia o derogare gravă de la dreptul comun și punea în pericol siguranța circuitului civil și a creditului. Apoi s-a mai reproșat că femeia are prea puține mijloace de apărare împotriva administrării abuzive sau stângace a bunurilor dotale de bărbat. Că dota, în fond, ar fi un regim matrimonial de tip aristocrat, accesibil doar celor care dețin averi. Sau că zestrea ar fi un regim separatist, care nu creează o minimă solidaritate între soți ș.a.

În nici un caz, însă, regimul dotal nu era și nu este de criticat pentru inegalitatea juridică dintre femeie și bărbat⁴³. Puterea maritală a bărbatului și incapacitatea femeii căsătorite nu erau efectul sau apanajul dotei, ci principii generale, care guvernau în epocă orice regim matrimonial concret. Majoritatea autorilor români considerau că regimul dotal corespunde însă necesităților practice, că el asigură un cadru adecvat dezvoltării patrimoniale a familiei. Ceea ce se poate spune astăzi, la o jumătate de secol de la extincția sa juridică, este că regimul dotal a reflectat o epocă istorică apusă și ea, și oricum viitorii soți aveau libertatea – pe care au pierdută mai apoi, să aleagă orice fel sau tip de regim matrimonial pe care îl considerau cel mai adecvat lor. Pe de altă parte, cum deja am putut observa, nu există regim matrimonial perfect, iar – cel puțin din acest motiv, ar trebui respectată libertatea de alegere a regimului matrimonial al viitorilor soți, care își cunosc cel mai bine interesele.

Constituirea dotei. Vorbind despre aceasta, ar trebui să vedem întâi cine constituia dota, apoi când se putea forma aceasta și – în fine, care bunuri puteau intra în dotă. Din art. 1234 C.civ. a rezultat că dota putea fi constituită fie de femeie, fie de bărbat, fie de un terț. Femeia avea interesul de a constitui o dotă, care era dată în administrarea viitorului său bărbat, pentru a se degreva de sarcinile căsătoriei. Cu cât bunurile dotale erau mai importante și veniturile acesteia ajungeau acoperirii cheltuielilor vieții de familie, cu atât implicarea femeii în raporturile patrimoniale casnice era mai redusă. Reversul era că, dacă femeia nu dispunea și de bunuri extradotale importante, constituirea dotei o făcea dependentă patrimonial de bărbat. Prin urmare, femeia urmărea obținerea unui echilibru cât mai profitabil ei între dependență și autonomie financiară, prin păstrarea unui raport convenabil între bunurile sale dotale și extradotale.

Femeia putea să aducă dotă bunurile sale prezente, toate sau numai unele (art. 1235 C.civ.). Prin bunuri prezente înțelegem – ca de altfel în întreaga materie a regimurilor matrimoniale, bunurile pe care femeia le avea la data semnării convenției dotale, adică înainte de căsătorie. Dacă se constituia o dotă din toate bunurile prezente, paraferna femeii cuprindea bunurile pe care aceasta le obținea în cursul căsătoriei, adică toate bunurile ei viitoare. Dacă în schimb, se aduceau dotă numai unele bunuri prezente, paraferna femeii se compunea din toate bunurile ei viitoare, precum și din bunurile prezente nedeclarate expres ca dotă. De la aceste reguli erau și unele excepții. Astfel, puteau fi dotale bunurile viitoare în temeiul unei clauze de întrebuițare sau reîntrebuițare, ca efect al subrogației reale. Și – de asemenea, puteau fi dotale bunurile viitoare a căror cauză de dobândire a fost anterioară căsătoriei (e.g. uzucapiunea începută înaintea celebrării căsătoriei, dar câștigată în cursul acesteia). Ceea ce e de notat aici este regimul special al subrogației reale. Aceasta nu opera automat în beneficiul dotalității, ci avea un caracter limitat și excepțional⁴⁴.

Astfel, regula era că un bun nu devenea dotal doar prin simplul fapt că era achiziționat cu bani dotali (art. 1247 C.civ.)⁴⁵. Reglementarea nu trebuie să surprindă prea tare, deoarece ea urmărea să întărească imutabilitatea regimului matrimonial, prin aceea că întinderea averii dotale nu putea fi modificată în timpul căsătoriei (art. 1236 C.civ.). Regula fixității materiale a dotei nu era însă rigidă. Atât legea, cât și soții puteau deroga de la ea. Astfel, art. 1254 C.civ. permitea – în anumite condiții, schimbul⁴⁶ imobilului dotal, cu efectul că noul imobil dobândit sau cumpărat din sultă avea regim de bun dotal. La fel, dacă se permitea vinderea imobilului dotal (art. 1252 și 1253 alin. 1 C.civ.), imobilul cumpărat din banii anterior obținuți putea fi considerat tot dotal (art. 1253 alin. 3 C.civ.⁴⁷). Libertatea convențiilor matrimoniale permitea cuprinderea și a unei clauze de întrebuițare sau reîntrebuițare⁴⁸ a banilor sau bunurilor dotale, cu efectul că ceea ce se dobânda în locul acestora devenea un bun tot dotal.

Femeia putea să aducă în dotă și bunurile sale viitoare⁴⁹ (art. 1235 C.civ.). În acest caz, toate bunurile pe care le avea femeia până la momentul celebrării căsătoriei erau bunuri extradotale, iar cele dobândite după această clipă aveau un regim dotal. Cu toate acestea, jurisprudența vremii a interpretat restrictiv noțiunea de bunuri viitoare dotale ale femeii. Se admitea să se constituie dotă, doar bunurile dobândite de femeie cu titlu gratuit, cele achiziționate oneros rămâneau bunuri extradotale. Prin urmare, de pildă, imobilele dobândite de femeie cu bani dotali nu erau considerat a fi dotale. Trebuie să vedem aici spiritul regimului separatist, dar și aplicarea regulii după care dota se constituie prin declarație expresă de voință a femeii (art. 1234 C.civ.). În plus, în caz de dubiu, bunul trebuia considerat parafernal.

Din acest motiv, spre deosebire de doctrina și practica franceze ale timpului, la noi bunurile dobândite de femeie în timpul căsătoriei erau proprii, după cum proprii erau considerate și veniturile obținute din munca sa salariată⁵⁰.

Dota, așa cum am mai spus, putea fi constituită și de alte persoane decât femeia care urma să se căsătorească. Practic, dota era constituită foarte frecvent de părinții femeii și mai rar de viitorul soț. În plus, nimic nu oprea ca o altă persoană (rudă sau nu) să contribuie cu o dotă la patrimoniul viitoarei mirese. Indiferent de legăturile de rudenie sau nu, acești constitutori de dotă erau considerați terți⁵¹, inclusiv bărbatul. Iar regimul juridic al dotei era identic cu cel al dotei constituite de către femeie.

Continuând⁵² atât tradiția dreptului vechi, cât și un impuls firesc, părinții erau, în regulă generală, cei care constituiau dota pentru fiica lor. Spre deosebire însă de acest sistem vechi, Codul civil – după modelul său francez, nu a mai considerat dotarea ca o obligație juridică. De aceea majoritatea doctrinei (române și franceze) a văzut în obligația de înzestrare a femeii cel mult o obligație naturală⁵³. În acest caz, dotarea era juridic compusă dintr-un act complex: exista o donație făcută (de terți) în vederea căsătoriei, care avea titlu de dotă, fiind cuprinsă în convenția matrimonială, apoi venea manifestarea de voință a viitorilor soți (convenția matrimonială dotală propriu-zisă) prin care se accepta donația (de femeie) și sarcinile administrării ei (de bărbat).

Foarte rar era cazul de constituire a dotei de bărbat. Acesta nu avea nici un interes juridic să-și indisponibilizeze bunurile imobile prin aducere lor ca dotă. Apoi, în calitate de cap al familiei, oricum avea obligația de a suporta și sarcinile căsătoriei, lucru care se putea foarte bine realiza din exploatarea bunurilor proprii. Dacă totuși bărbatul constituia dotă, bunurile treceau în proprietatea femeii, iar el nu păstra decât administrarea lor (art. 1242 C.civ.). Din punctul de vedere al naturii sale juridice, o asemenea dotă reprezenta tot o donație încheiată în vederea căsătoriei și trebuia cuprinsă în contractul matrimonial dotal.

Odată constituită dota, ea trebuia plătită, iar plata se făcea – în regulă generală, după dreptul comun. Plata dotei presupunea în toate cazurile ca bunurile dotale să fie remise bărbatului, pentru ca acesta să poată exercita asupra ei actele de administrare specifice. Dacă dota era constituită de un terț, plata dotei presupunea și transferul proprietății dotale către femeie. Pentru a apăra femeia de proba anevoioasă a plății dotei, legea instituia o prezumție de primire a dotei de bărbat (art. 1277 C.civ.). Tot derogator de la dreptul comun, se poate aminti că dota constituită în capital produce de drept dobânzi din ziua căsătoriei (art. 1241 C.civ.), iar nu din ziua cererii lor în judecată (art. 1088 C.civ.). Tot aici mai trebuie reamintit că cel care constituia dota era ținut să garanteze pentru existența ei, dar și pentru calitatea bunurilor dotale (art. 1240 C.civ.).

Funcționarea regimului matrimonial dotal. Ca regim de separație, dota s-a caracterizat prin aceea că femeia păstra proprietatea dotei, ca și a bunurilor sale parafernale, dar administrarea dotei era *de lege lata* de resortul bărbatului (art. 1242 C.civ.). Administrarea masculină a dotei nu era decât un reflex al puterii maritale a bărbatului și o aplicare particulară a incapacității speciale a femeii măritate. Femeia păstra, în limitele capacității sale, doar administrarea bunurilor extradotale. Dar, care erau puterile de administrare ale bărbatului asupra bunurilor dotale?

Bărbatul avea drepturile și obligațiile administratorului bunurilor altuia. Iar în această calitate, legea l-a asimilat cu un uzufructuar (art. 1243 C.civ.). Identificarea între cele două instituții nu a fost însă absolută, ci de principiu – a doua constituind modelul primei. Astfel, bărbatul – spre deosebire de un uzufructuar ordinar⁵⁴, nu era ținut să dea cauțiune (art. 1244 C.civ.), dar era obligat la restituirea fructelor către proprietarul dotei (femeia sa) în anumite condiții (art. 1280 C.civ.). Prin urmare, bărbatul putea face acte de conservare, dar și de administrare propriu-zise cu bunurilor dotale, cum ar fi: să închirieze sau să arendeze fondurile dotale, să perceapă veniturile sau capitalurile dotei, să facă acte de folosință obișnuită, să înstrăineze bunurile mobile, care erau destinate acestui fapt (fructe, bunuri perisabile sau consumptibile etc.) etc. De notat este că aceste acte juridice, bărbatul le putea săvârși singur, fără a avea nevoie de consimțământul femeii.

Statutul de administrator al bărbatului era însă unul privilegiat, datorită faptului că el nu numai că administra dota, dar el avea și toate acțiunile dotale, pe care le exercita – de asemenea, singur. Astfel, bărbatul exercita toate acțiunile în justiție relative la dotă: acțiuni mobiliare și imobiliare, personale sau reale, posesorii sau petitorii. Jurisprudența⁵⁵ timpului considera că în aceste acțiuni bărbatul figurează atât în nume propriu, cât și în calitate de reprezentant al femeii sale. Oricum, el nu avea nevoie de consimțământul ei, după cum hotărârile judecătorești îi erau și femeii opozabile.

Dar, existau și acte pe care bărbatul nu le putea face singur, el având nevoie de consimțământul femeii. Astfel, bărbatul nu putea face acte de dispoziție asupra bunurilor dotale mobiliare, care rămâneau în proprietatea femeii. După cum nu putea consimți singur la exproprierea bunului dotal sau la exercitarea dreptului de opțiune succesorală în locul femeii. Bărbatului nu îi era, de asemenea, îngăduit să încheie singur acte de partaj relative la bunurile dotale.

În fine, erau și acte pe care bărbatul nu le putea săvârși nici singur, dar nici cu consimțământul femeii. Astfel, în principiu, nu se putea vinde imobilul dotal în timpul căsătoriei (art. 1248 C.civ.).

Dacă acestea erau puterile *de lege lata* ale bărbatului asupra dotei care i-a fost adusă, nu înseamnă că în practică ele se aplicau întocmai. Art. 1242 C.civ. era

considerat doar supletiv și – prin urmare, prin convenția matrimonială, soții puteau să-și amenajeze administrarea averii dotale după cum considerau de cuviință. Deci, puterile de administrare ale bărbatului puteau fi *in concreto* mai largi sau mai restrânse decât cele care rezultă din spusele de mai sus. Singura regulă cu adevărat imperativă era aceea a incapacității femeii măritate, care trebuia ascultată fără crâcnire până la 20.04.1932.

În toate cazurile în care dota era administrată de bărbat, femeia avea la îndemână un mijloc juridic deosebit de eficient pentru a sancționa nepriceputa sau frauduloasa gerare a bunurilor dotale: separația de patrimonii (art. 1256 C.civ.). Asupra acestei instituții nu mai revenim, deoarece am prezentat-o deja mai sus.

Încetarea și lichidarea regimului dotal. În regulă generală, cauzele de încetare a căsătoriei determinau automat și stingerea efectelor regimului matrimonial dotal, cu obligarea bărbatului⁵⁶ la restituire către femeie⁵⁷ a dotei, pe care el a administrat-o în cursul căsătoriei. Orice restituire anticipată a dotei era nulă, deoarece ea deroga de la regula imutabilității și fixității dotei. Din acest punct de vedere, s-a considerat că motivele de restituire a dotei sunt limitative. „Obligația de a restitui dota este firească. Când căsătoria se desface, bărbatul trebuie să restituie dota, fiindcă sarcinile căsătoriei, la a căror satisfacere era menită dota, încetează; iar absența are efecte analoage unei desfaceri. Când se pronunță separația de patrimonii, bărbatul trebuie să restituie dota, fiindcă separația are tocmai scop să sustragă dota de sub administrarea și folosința bărbatului; iar falimentul atrage de drept separația.”⁵⁸

Prin urmare, cazurile de restituire a dotei erau: 1) încetarea efectelor căsătoriei prin deces, divorț sau nulitate (art. 1271 C.civ.); 2) declararea absenței femeii măritate (art. 1271 C.civ.); 3) falimentul bărbatului (art. 790 C.com.)⁵⁹; 4) pronunțarea separației de patrimonii între soți (art. 1271 C.civ.) și 5) cu scopul dotării unui copil al soților⁶⁰.

În fond, ce era această obligație de restituire a dotei, care apăsa pe capul și patrimoniul bărbatului? Natura ei nu putea fi decât hibridă sau să difere în funcție de modalitatea în care a fost plătită dota. Astfel, obligația bărbatului era una de a da (*dare*), în condițiile în care el era proprietarul bunului dotal. Dacă dota a constat în bunuri mobile consumptibile și fungibile, care s-au consumat juridic sau material în cursul căsătoriei, bărbatul era ținut să restituie femeii bunuri de același gen, în aceeași cantitate, calitate și valoare, în care le-a primit. Dacă dota mobilă a fost formată din bunuri prețluite, iar prețuirea lor a valorat vindere (art. 1245 și 1246 C.civ.), bărbatul devenind proprietarul lor, el era dator să întoarcă femeii prețul acestor bunuri. În regulă generală, însă, dota rămânea în proprietatea femeii, iar bărbatul doar o folosea și administra, neavând un drept real asupra ei. În acest caz,

obligația bărbatului de întoarcere a dotei era – ca natură juridică, una de a face (*facere*). Adică de a returna posesia (precară) bunurilor către femeie. În general, bărbatului nu i se recunoștea un drept de retenție asupra bunurilor dotale, pentru a forța pe femeie să-și achite eventualele datorii, după cum obligația de restituire nu putea fi compensată între bărbat și femeie⁶¹ cu ocazia lichidării dotei.

Din cele arătate rezultă că „restituirea” dotei era un termen care se putea justifica juridic doar în cazurile de excepție (când bărbatul era proprietarul dotei). În celelalte cazuri – în fond, „restituirea” nu era decât o obligație de întoarcere a stăpânirii bunurilor dotale către femeie. Ultimul aspect fiind reflectat și de faptul că acțiunea femeii, în contra bărbatului pentru restituirea dotei, era prescriptibilă extinctiv (art. 1273 și 1890 C.civ.).

Executarea obligației de restituire a dotei era garantată special pentru femeie. Astfel, aceasta avea o ipotecă legală⁶², care purta asupra bunurilor bărbatului (art. 1281 C.civ.). În fond, ipoteca femeii măritate – cum era cunoscută în epocă, nu făcea decât să garanteze creanța pe care femeia o avea în contra bărbatului, creanță născută din lichidarea dotei și restituirea ei. Spre deosebire de dreptul iustinian, ipoteca nu era un privilegiu, ci doar o garanție reală imobiliară, care intra în concurs ordinar cu alte garanții, pe care bărbatul și le-a constituit deja. Este de remarcat faptul că femeia nu putea renunța la ipotecă, sub pedeapsă de nulitate; ea putea însă s-o reducă sau să-i cesioneze rangul. Contrar dreptului francez⁶³, ipoteca femeii măritate era specializată potrivit dreptului comun, după cum era supusă înscripției ordinare (art. 1754-1758 C.civ.). Ipoteca maritală, dincolo de tradiția ei istorico-juridică, trădează spiritul vremii. Adevărat că ea constituia o garanție esențială pentru femeia dotată, dar în același timp era un complement al imutabilității regimului, a fixității dotei și a inalienabilității imobilelor dotale, care făceau ca regimul matrimonial dotal să frâneze mult celeritatea circuitului civil. De unde, diferența de concepții între societatea tradițională și cea modernă era minimă, abia graduală, și se reflecta juridic în instituții care cu greu oglindeau adevărata distanță socială și economică existentă între cele două tipuri de societăți.

(4) Societatea de achiziții. Pentru a mai atenua spiritul separatist *de lege lata* al regimurilor matrimoniale, Codul civil din 1865 a încercat să ofere și o variantă de regim comunitar. Astfel s-a reglementat, laconic și fragmentar (art. 1287-1293 C.civ.), societatea de achiziții. Regimul comunitar propriu acestuia a fost asimilat⁶⁴ cu societatea civilă, evident sub influența doctrinară franceză a timpului. Înainte de a trece la prezentarea elementelor esențiale ale societății de achiziții, este necesar să notăm că doctrina vremii a privit acest regim matrimonial ca unul accesoriu celui dotal sau atașat regimului separatist. Consecința cea mai importantă fiind că – în

tăcerea legii sau în caz de dubiu, întâietate aveau regulile regimului separatist, care era regimul legal⁶⁵. Orice chestiune comunitară controversată trebuia tranșată ca și cum soții erau căsătoriți sub regimul de separație. Prin urmare, nu era permis să se extindă un spirit comunitar asupra separației, ci trebuia procedat invers. Paradoxul consta însă în aceea că regimul de separație nu era reglementat, legea ocupându-se exclusiv de regimul dotal și – în consecință, în caz de controversă trebuiau aplicate regulile de separație decurgând din regimul dotal. În toate cazurile, datorită principiului libertății convenției matrimoniale, care domina materia în Codul civil, soții puteau nu numai grefa o societatea de achiziții – așa cum sugera art. 1287, pe regimul dotal, dar puteau să rămână în separație de drept comun cu adoptarea unei societăți de achiziții, după cum puteau să extindă la maximum regimul comunitar. Sau să combine toate regulile posibile, în respectul normelor imperative. Cert e, însă, că în epocă regimul de achiziții a avut un răsunset minim, fiind foarte puțin practicat *in concreto*. Dar să rememorăm caracteristicile esențiale *de ex lege lata* ale acestui regim matrimonial.

Societatea de achiziții era un *regim convențional*. Ceea ce impunea încheierea unui contract matrimonial, în care soții să declare expres că doresc ca în raporturile dintre ei să se creeze o comunitate restrânsă de bunuri, redusă la achiziții. Ca orice regim de comunitate, și societatea de achiziții avea ca efect crearea a trei mase de bunuri: cele proprii fiecărui soț și masa bunurilor comune. Dacă însă societatea de achiziții se grefa pe regimul dotal, efectul era că se formau patru, iar nu trei, mase de bunuri: bărbatul avea bunurile sale proprii, la care se adăugau cele două mase de bunuri specifice regimului dotal (dota și paraferna), la care se aduna și masa achizițiilor. Dar, care dintre bunurile soțiilor puteau fi considerate *de lege lata* că intrau în societatea de achiziții?

Art. 1288-1290 C.civ. cuprindeau toate normele, scheletice, după care se putea determina *conținutul masei* bunurilor comune. Acesta era format din bunurile viitoare ale soților dobândite cu titlu oneros (câștigurile) și din bunurile reprezentate de economiile fructelor și veniturilor bunurilor proprii soților. Se poate observa că, spre deosebire de reglementarea comunitară existentă în epocă în Franța, aparțineau comunității de achiziții doar unele bunuri viitoare ale soțiilor, care aveau o sursă bine precizată. Pe de altă parte, art. 1289 C.civ. nu trebuie să ne inducă în eroare, deoarece el nu instituia o regulă de dobândire a achizițiilor, ci doar o prezumție de comunitate. Prin urmare, inventarul mobilelor existente înainte de căsătorie, prevăzut de articolul amintit, nu era o condiție de fond, ci doar o exigență de probă. Mai mult, această prezumție era funcțională – din rațiuni lesne de înțeles, doar față de terți. Între soți, în lipsa unui inventar mobilier, se admitea proba după dreptul comun, pentru a se face dovada că un anumit bun este sau nu propriu. Această regulă era simplu de admis, întrucât societatea de achiziții era un regim derogator de

la dreptul comun, care era unul de separație, unde principiul rămânea că fiecare bun este unul propriu al unuia dintre soți. Deci, doar două categorii de bunuri viitoare intrau în societatea de achiziții: câștigurile și economiile soților.

Prin urmare, erau considerate bunuri comune cele dobândite de oricare dintre soți cu titlu oneros în timpul căsătoriei, bunuri care în exprimarea legii (art. 1290C.civ.) erau socotite a fi *câștigurile* soților. Această regulă, deși simplă, ridica o serie de probleme, când soții grefau societatea de achiziții pe un regim dotal. Aici, datorită art. 1247 C.civ., bunurile dobândite cu bani dotali nu deveneau dotale în lipsa unei clauze de întrebuițare. Prin urmare, s-a admis că noul bun dobândit va avea soarta juridică a banilor subrogați. Dacă bunul era cumpărat de femeie din fonduri proprii, acesta era parafernă, iar dacă bunul era cumpărat de bărbat din averea sa, bunul era al său propriu. Iar dacă bunurile proveneau din bani dotali, în aplicarea unei clauze de întrebuițare sau reîntrebuițare, acestea trebuiau considerate dotale. De observat ar fi că regulile de mai sus trebuiau folosite de o manieră care să nu aducă atingere principiului fixității dotei, fiindcă acesta nu permitea nici sporirea, dar nici subțierea dotei în cursul căsătoriei (art. 1236 C.civ.).

Alături de câștigurile soților, erau considerate achiziții și *economiile* lor sau bunurile care le înlocuiau pe acestea (art. 1290 C.civ.). De notat este că prin economii trebuia înțeles surplusul patrimonial, care rămânea după ce erau achitate sarcinile căsătoriei. În fond, în economii se cuprindeau nu toate fructele, ci doar sporul fructelor bunurilor soților. Iar dacă societatea de achiziții era sudată pe un regim dotal, economiile erau fructele produse în plus de bunurile parafernale și dotale, precum și cele rezultate din bunurile bărbatului. Interpretarea este corectă datorită faptului că mai întâi trebuiau acoperite – de bărbat, sarcinile căsătoriei, apoi regula fixității dotei permitea ca sporul patrimonial să conține și achiziții. Deci, economiile erau un rest patrimonial, care se constituia într-un bun comun⁶⁶.

În schimb, erau proprii bunurile prezente ale soților, indiferent de titlu de achiziționare, precum și bunurile viitoare dobândite de fiecare dintre soți cu titlu gratuit. În ceea ce privește pasivul, societatea de achiziții nu era prevăzută cu nicio regulă specială. Prin aplicarea normelor de drept comun, însă, se poate ajunge la ideea că toate datoriile făcute de soți erau personale, iar numai cheltuielile angajate cu achizițiile puteau fi considerate ca datorii comune. Sarcinile căsătoriei erau – în regulă generală, ca efect al puterii maritale, pe capul și patrimoniul bărbatului, dar contribuția femeii nu putea fi exclusă. Dacă societatea de achiziții producea venituri, acestea trebuiau destinate întreținerii familiei, dacă nu – fiecare soț era ținut să contribuie la sarcinile căsătoriei în funcție de posibilitățile conferite de bunurile proprii (art. 1266 C.civ.).

Pentru *administrarea* regimului concretizat într-o societate de achiziții, legea nu consacră nicio regulă. În consecință, s-au formulat două opinii. Una⁶⁷ considera că administratorul de drept comun al societății de achiziții era bărbatul, în virtutea puterii sale maritale, dar și prin contaminare cu regulile de la dotă. Cealaltă⁶⁸, plecând de la ideea că societatea de achiziții e o specie de societate civilă, în care soții nu aveau decât să-și organizeze convențional administrarea achizițiilor, iar – în lipsă de stipulație, se considera că amândoi soții – ca niște adevărați societari, aveau același puteri de administrare. Ultima părere era puternic influențată de starea doctrinei și a practicii franceze ale vremii și avea consecințe deosebit de importante. Dintre acestea, poate cea mai interesantă era ideea că femeia, cu ocazia disoluției regimului matrimonial, avea un beneficiu de a renunța la comunitate, când starea pasivului acesteia o putea transforma în debitor al terților comunității. În ceea ce privește actele de dispoziție, care puteau fi făcute cu achizițiile, deși legea era mută, regulile de aplicat trebuiau să fie cele de la indiviziune, indiferent de valoarea sau natura bunurilor. Prin urmare, bărbatul – în lipsă de clauză contrară, nu putea dispune singur, fără consimțământul femeii, de achiziții. Femeia – în schimb, nu putea face acte de dispoziție decât cu încuviințarea bărbatului – datorită incapacității sale speciale, și, prin urmare, dacă dorea să dispună de fondul comun, avea nevoie atât de autorizarea bărbatului, cât și de consimțământul acestuia, acum și în calitatea lui de coindivizar.

La momentul în care căsătoria înceta sau se desfăcea, societatea de achiziții intra în *lichidare*. Nici aici legiuitorul nu a găsit de cuviință să dezvolte materia, ci doar să facă trimitere la partajul succesoral (art. 1291 C.civ.). Masa bunurilor comune forma acum o indiviziune post-matrimonială, care trebuia tratată după dreptul comun, dând recurs indivizării la săvârșirea partajului (voluntar sau judiciar). Totuși, legea a înțeles să consacre câteva reguli, care confereau un anume specific lichidării masei de achiziții. Astfel, aceasta se împărțea pe din două între bărbat și femeie. Regula nu putea fi decât supletivă, iar foștii soți puteau să deroge de la ea, în ce sens doreau: împărțeala să se facă după părțile contributive; se puteau crea clauze de atribuire preferențială a unor bunuri sau avantaje matrimoniale; se puteau stipula beneficii de renunțare la partea indiviză etc. Apoi, dacă societatea de achiziții a fost inserată regimului dotal, nu se putea trece la partaj decât subsecvent restituirii dotei.

Deci, obligația de restituirea a dotei premergea dreptului soților de a ieși din indiviziune (art. 1292 C.civ.). După cum partajul putea fi realizat abia după ce – în mod reciproc, soții își plăteau debitele pe care le aveau unul în contra celuilalt. Ultima regulă specifică lichidării societății de achiziții se leagă de așa zisul privilegiu⁶⁹ al femeii măritate sub acest regim (art. 1293 C.civ.). În virtutea acestuia, când foștii soți intrau în concurs pentru a prelua unele bunuri din masa indiviză a achizițiilor,

femeia (sau succesorii ei) avea posibilitatea să preleveze cu prioritate valori sau bunuri din fondul comun al achizițiilor. Reglementarea era una de inspirație franceză, unde femeia comună în bunuri cu bărbatul avea posibilitatea să-și exercite preluările nu numai din masa comună, ci chiar și dintre bunurile bărbatului (art. 1472 C.civ.fr.). Dincolo de aceste reguli specifice, partajul societății de achiziții asculta, după cum spuneam, de dreptul comun.

Înainte de a pune punct, este de observat că legea nu a înțeles să reglementeze instituția separației de patrimonii în raport cu regimul societății de achiziții, lucru paradoxal, dacă nu ar fi fost una dintre scăpările obișnuite ale legiuitorului. După noi⁷⁰, separația de patrimonii – fiind o măsură excepțională, care aducea atingere imutabilității regimului matrimonial, nu putea fi admisă decât dacă societatea de achiziții era grefată pe un regim dotal (art. 1256 C.civ.). În plus, amintim că separația de patrimonii se justifica doar dacă bărbatul, prin actele sale de administrare, punea în pericol bunurile dotale ale femeii. Prin urmare, în lipsa dotei, chiar dacă societatea de achiziții era administrată doar de bărbat, femeia nu putea recurge la separația de bunuri. După cum femeia nu putea nici provoca partajul în cursul căsătoriei, deoarece împărțeala producea efecte contrare aceluiași principiu al imutabilității regimului dotal. Situația este cert paradoxală, fiindcă – pe de o parte, separația de patrimonii a apărut legată de regimul de comunitate, iar – pe de altă parte, deși femeia era și ea proprietară asupra fondului de achiziții, nu putea să forțeze judiciar bărbatul să renunțe la administrarea acestui fond.

În concluzie, *de lege lata*, societatea de achiziții poate fi caracterizată ca fiind un regim matrimonial convențional și alternativ de tip comunitar⁷¹. Comunitatea pe care regimul o presupunea era una redusă la achiziții și privea doar bunurile viitoare ale soților. Achizițiile puteau fi bunuri mobile sau imobile și erau întotdeauna dobândite cu titlu oneros, ele formând un fond comun aflat în indiviziunea soților. Din punct de vedere al administrării societății de achiziții, soților li se putea recunoaște un drept concurent de gestiune a achizițiilor, în limitele incapacității speciale a femeii măritate.

(5) Regimul juridic al liberalităților matrimoniale. Regimul dotal, mai mult poate decât oricare alt regim matrimonial, ridică o seamă de probleme legate de liberalitățile care puteau fi făcute fie unuia dintre soți, fie cu titlu de dotă. Datorită faptului că aceste gratificări se legau de viața matrimonială, de asigurarea suportului ei patrimonial, se preferă⁷² uneori ca ele să fie numite liberalități matrimoniale. Deși denumite generic liberalități, acestea se concretizau în marea lor majoritate în donații, care comportau însă unele elemente de specific, particularizându-le față de dreptul comun. Astfel, viitorii soți puteau face donații unul altuia, reciproc⁷³ sau nu,

după cum și terții puteau gratifica pe viitori soți (sau pe unul singur dintre ei) prin același act. Din această categorie de donații, cea mai importantă practic era cea prin care terțul constituia o dotă în favoarea femeii⁷⁴. Apoi, tot în ordinea importanței lor practice, urmau donațiile între viitorii soți și – mai la urmă, donațiile de bunuri viitoare. Să spunem câteva cuvinte despre fiecare, nu înainte de a sublinia că dreptul comun al donațiilor era aplicabil și liberalităților matrimoniale, ceea ce ne determină să nu reliefăm aici decât regulile specifice sau derogatorii de la acesta.

Pentru înțelegerea cât mai exactă a chestiunilor care vor fi trecute în revistă, sunt necesare însă unele precizări, mai mult sau mai puțin istorice, legate de regimul liberalităților în Codul civil din 1865. Astfel, rupând cu tradiția anterioară, legiuitorul român a înțeles să preia în întregime materia liberalităților din Codul civil francez al epocii. De aceea, pentru a înțelege cât mai exact spiritul fostei reglementări românești, este necesar să ne raportăm nu la istoria noastră, ci la cea franceză, la evoluția instituțiilor din dreptul francez⁷⁵.

Apoi, Codul civil francez nu a făcut, la rândul său, în materie de liberalități, decât să preia dispozițiile esențiale ale Ordonanței d'Aguesseau⁷⁶ (1731), care a constituit dreptul comun al donațiilor în dreptul francez prer evoluționar. Astfel se explică și reglementarea, dar și exprimarea Codului civil (francez și român). Una dintre regulile esențiale ale Ordonanței d'Aguesseau⁷⁷ a fost că nu se poate dispune cu titlu gratuit decât fie prin donație, fie prin testament; instituțiile intermediare fiind prohibite sub pedeapsa nulității. Iar printre aceste instituții se înscriau donațiile *mortis causa* și instituirile contractuale.

Dacă se recitește art. 800 C.civ. (art. 893 C.civ.fr.) se poate observa că el este astfel redactat încât să excludă orice posibilitate de a se încheia valid donațiile pentru cauză de moarte, folosindu-se, în acest scop, ciudata expresie de „donațiuni între vii”. Evident că donațiile – ca orice contract, de altfel, nu pot fi încheiate decât între vii, iar ceea ce a vrut să se sublinieze este regula că nu se poate dispune cu titlu gratuit decât prin testament – cu efecte *mortis causa*, sau prin donație – cu efecte *inter vivos*. Fără această precizare, cum că redactorii au avut în minte suprimarea donației *mortis causa*, art. 800 C.civ. pare ciudat și fără noimă. Textul mai are însă o consecință. Anume, dincolo de faptul că actele gratuite sunt de drept strict, concretizate în donații⁷⁸ și testamente, acestea nu pot fi săvârșite decât în formele arătate de lege, orice derogare fiind sancționată cu nulitatea pentru lipsă de formă. Pe scurt, testamentul și donația sunt acte solemne, indiferent de forma concretă pe care această solemnitate o îmbracă.

Tot datorită Ordonanței d'Aguesseau și a donațiilor pentru cauză de moarte – lichidate de aceasta, se explică faptul că legiuitorul a simțit nevoia să dispună expres că donațiile sunt irevocabile (art. 801 C.civ., art. 894 C.civ.fr.). Această irevocabilitate

este una specială, atașată donațiilor, care nu decurge din principiul *pacta sunt servanda*. Mai mult, dacă se compară definițiile legale (cea franceză și cea română), se observă că doar definiția franceză face vorbire despre despuierea *actuală* a donatorului de bunul donat. Donațiile *mortis causa* aveau caracteristica să amâne momentul transmisiunii (dreptului donat) până la clipa morții donatorului, ele fiind deci sub termen incert, dar și sub condiția pur potestativă rezolutorie a donatorului de a revoca actul⁷⁹. Revocabilitatea *ad nutum* trebuia să rămână doar caracteristica testamentelor, ca mijloc de protecție a voinței dispunătorului. Iar donațiile trebuiau guvernate de principiul irevocabilității speciale, ca mijloc de protecție al părților. În plus, prin separarea juridică a legatelor de donații s-a urmărit ca ordinea succesorală să nu mai interfereze cu actele de formație bilaterală⁸⁰, ci doar cu cele unilaterale. Donațiile *mortis causa* erau însă acte juridice bilaterale care produceau efectele unui testament, adică ele se prezentau ca donații revocabile de bunuri viitoare⁸¹. Este evident că asemenea acte juridice nu-și pot găsi locul decât într-un sistem de drept arhaic⁸², în care dispunătorul își permite să doneze vocații succesoriale, cu efectul tulburării grave a circuitului civil. Înainte de a continua prezentarea, o precizare.

Astfel, pentru a evita eventualele confuzii generate de folosirea cuvântului *revocabilitate* în materia donațiilor, ar trebuie reamintite anumite chestiuni. E necesar, deci, să facem distincție între revocabilitatea ordinară și cea specială a donațiilor⁸³. Revocabilitatea ordinară nu este decât o consecință a principiului *pacta sunt servanda*, regulă care se aplică oricărei convenții, inclusiv donației (art. 969 C.civ.). În virtutea acestei reguli, un contract nu se poate desface prin voința unilaterală a unui contractant (revocare *ad nutum*), ci doar dacă această facultate este concedată convențional unuia dintre cocontractanți. Logic să fie așa, deoarece un contract este opera de voință a două părți, iar revocarea (ruptura) unilaterală nu ar face decât să submineze întregul eșafodaj contractual. De unde regula simetriei încheierii și ruperii contractuale: *mutuus consensus – mutuus dissensus*. Pentru a întări această irevocabilitate zisă generală, ordinară sau de drept comun, legea interzice (art. 1010 C.civ.), sub pedeapsă de nulitate, și condițiile pur potestative din partea celui care se obligă. Donația fiind și ea un contract, va trebui să se subordoneze atât principiului *pacta sunt servanda*, cât și regulii irevocabilității unilaterale. Dar, alături de aceste aspecte generale, donația ascultă și de o regulă pur proprie: irevocabilitatea specială. Privite finalist lucrurile, aceasta din urmă nu se referă atât la actul juridic al donației, cât la beneficiul emolumentului obținut de donatar.

Irevocabilitatea specială⁸⁴ (art. 801 C.civ.) a donațiilor își trage originea din dreptul roman, în care validitatea liberalității era subordonată tradiției reale a bunului donat. Regula a fost preluată și șlefuită în dreptul vechi francez, care a sintetizat-o în adagiul *donner et retenir ne vaut*, unde *retenir* are darul de a sublinia că în discuție

este bunul donat, iar nu atât actul donației. Prin Ordonanța d'Aguesseau⁸⁵ regula a ajuns în Codul civil francez, iar de aici în dreptul român. Menținerea regulii irevocabilității speciale în dreptul modern trebuie legată de suspiciunea cu care erau privite *illo tempore* donațiile: despuieri de bunuri făcute în dauna averii de familie a donatorului. Pe de altă parte, această irevocabilitate (zisă specială) vrea să protejeze simultan ambele părți ale donației. Pe donator – atrăgându-i atenția asupra actului patrimonial grav pe care îl săvârșește, pe donatar – prin siguranța pe care i-o conferă legea împotriva evingerii, făcută prin simpla manifestare de voință discreționară a donatorului.

Irevocabilitatea specială⁸⁶ nu se referă, spuneam, atât la actul donației, cât la soarta juridică a bunurilor donate. Ea trebuie să-i confere donatarului certitudinea că va păstra emolumentul donației (preferabil chiar din momentul încheierii actului juridic), indiferent de împrejurările ulterioare. Aceasta înseamnă că donatorul nu poate să mai păstreze controlul juridic asupra bunului donat și după încheierea contractului. De aici, donația este incompatibilă cu orice clauză care ar avea vocația de a-l înlătura pe donatar din dreptul său. În consecință, este logic ca donațiile *mortis causa* (eminamente revocabile) să fie interzise, după cum firesc este ca instituirile contractuale să fie privite cu mare suspiciune, îngrădite fiind în țarcul convențiilor matrimoniale sau al raporturilor strâmte dintre soți. Aceasta, fiindcă instituirile contractuale puteau fi revocate indirect de donator în tot cursul vieții sale, prin actele oneroase pe care acesta le putea face asupra patrimoniului său. Ceea ce înseamnă că până la momentul morții donatorului, donatarul nu avea decât un drept eventual, o vocație de a culege un anumit emolument. Întinderea acestui profit depindea însă de mai mulți factori, care vor fi înfățișați mai jos, cu ocazia cercetării instituirii contractuale.

Cele două specii de liberalități – donațiile *mortis causa* și instituirea contractuală, își găsesc numitorul comun în faptul că ele au ca obiect derivat drepturi viitoare – în sensul de drepturi succesoriale, iar nu în acela de drepturi care vor exista cândva în timpul vieții donatorului. Mai exact, este vorba aici despre drepturi eventuale, care vor exista în patrimoniul dispunătorului nu la data încheierii actului de donație, ci doar în clipa morții sale. Pe de altă parte, deși par identice, donațiile *propter mortem* se deosebesc atât de donațiile *mortis causa*, cât și de instituirea contractuală. Donațiile *propter mortem* nu sunt decât donații sub termen, având ca obiect bunuri prezente sau bunuri viitoare obișnuite (în sensul art. 965 alin. 1 C.civ). Apoi, donațiile *propter mortem* sunt irevocabile general și special (art. 969 și 801 C.civ.), numai că exigibilitatea lor este afectată de un termen incert (decesul donatorului).

Diferența esențială dintre aceste specii de donații se regăsește în special la nivel de revocabilitate. Astfel, donațiile *mortis causa* erau revocabile *ad nutum*⁸⁷, ca și testamentul (înfrângând, deci, regula de la art. 969 C.civ.), în timp ce instituirea

contractuală este irevocabilă ordinar (art. 969 C.civ.) și special pentru ingratitude (art. 935 C.civ.), dar ea era revocabilă special pentru celelalte cazuri (art. 829 C.civ.)⁸⁸, în timp ce donațiile *propter mortem* sunt irevocabile atât ordinar (art. 969 C.civ.), cât și special (art. 801 C.civ.), precum orice donație de drept comun.

În plus, când vom vorbi însă despre donațiile făcute de un terț unuia dintre soți – prin convenția matrimonială, vom observa că acestea nu se supuneau cazurilor speciale de irevocabilitate (art. 826 C.civ.), dar trebuiau să asculte atât de regula generală a irevocabilității contractelor (art. 969 C.civ.), cât și de regula imutabilității regimului matrimonial, irevocabilitatea lor fiind astfel întărită indirect. În fine, figură aparte face și donația dintre soți, care era revocabilă *ad nutum* oricum și oricând (art. 937 C.civ.). Dar vom insista asupra acestor aspecte mai încolo.

Pentru a întări regula irevocabilității speciale⁸⁹ a donației (art. 801 C.civ.), s-a interzis legal ca donatorul să-și rezerve dreptul de a mai dispune de bun și după încheierea contractului de donație (art. 824 C.civ, art. 946 C.civ.fr.). S-a oprit să se doneze sub condiție simplă potestativă din partea donatorului (art. 822 C.civ, art. 944 C.civ.fr.). S-a prohibit sarcina plății unui pasiv nedeterminat (art. 823 C.civ, art. 945 C.civ.fr.), ca și clauza de reînțoarcare a bunurilor la dispunător (art. 825 C.civ, art. 951 C.civ.fr.). Interdicțiile nu aveau decât un scop: de a nu se permite ca indirect donația, chiar *inter vivos*, să producă efecte putative sau eventuale. Certitudinea dobândirii unui avantaj patrimonial pentru gratificat este de esența irevocabilității speciale a donației, care o deosebește astăzi de donația *mortis causa* din vremurile apuse.

Pe scurt, esențial era ca donația să nu conțină clauze care să permită revocarea ei *ad nutum* de donator sau clauze care să lase fără substanță dreptul primit de donatar. Această regulă este totuși relativizată – paradoxal, atunci când este vorba despre donațiile matrimoniale. Aici se poate reaminti doar că donațiile dintre soți sunt în regulă generală revocabile *ad nutum* (art. 937 C.civ.), iar donațiile săvârșite prin contractul de căsătorie par mai fragile⁹⁰ decât cele din dreptul comun, deoarece ele pot fi afectate și de cauzele de ineficiență, care izbesc în convențiile matrimoniale care le cuprind⁹¹.

Dar să revenim la excursul istoric. După modelul Ordonanței d'Aguesseau, care a eliminat-o în totalitate⁹², tot ca o garanție a stârpirii donațiilor *mortis causa*, și Codul Napoleon a prohibit (de principiu) instituirea contractuală (art. 943 C.civ.fr.), făcându-i totuși unele aplicații (speciale). Această specie de donație produce efectele unei devoluțiuni succesorală contractuale, cu rezultatul că donatarul nu primește în timpul vieții donatorului decât o simplă vocație succesorală. Fiind un soi de legat convențional, instituirea contractuală se deosebește de donația *mortis causa* prin aceea că este irevocabilă după dreptul comun (art. 1134 alin. 2 C.civ.fr., art. 969 alin. 2 C.civ.). Ea este permisă și astăzi în dreptul francez, dar în mod excepțional: doar

dacă este cuprinsă într-o convenție matrimonială sau dacă este încheiată între soți (art. 947 C.civ.fr.)⁹³. Legiuitorul român de la 1864 a prevăzut și el instituirea contractuală (art. 821 C.civ.), deși aceasta nu era cunoscută în dreptul român vechi. În mod neinspirat, însă, legiuitorul nostru nu a preluat – ca de obicei, litera reglementării franceze, ci a intervenit în aceasta de o manieră care nu a făcut decât să sporească și mai mult ambiguitatea instituirii. Despre natura juridică a instituirii contractuale vom face unele precizări mai jos. Acum să ne întoarcem însă la donațiile care țineau de regimul matrimonial reglementat în Codul civil român.

Donația de bunuri prezente făcută de către un terț cu titlu de dotă. După cum deja am văzut, constituirea de dotă în favoarea femeii de către un terț era considerată ca natură juridică o donație *propter nuptias*. Dota era o liberalitate cuprinsă în convenția matrimonială⁹⁴ și avea un scop sau o cauză juridică diferită⁹⁵ de aceea a unei donații ordinare: susținerea sarcinilor căsătoriei. Mai mult, donațiile matrimoniale se considerau încheiate sub condiția tacită ca donatarul să se căsătorească (*si nuptiae sequantur*). Dacă acest lucru nu se întâmpla – din varii motive, donația dotală era considerată caducă. Datorită acestor elemente, s-a spus⁹⁶ că dota este o donație excepțională și privilegiată, ea având caracterul unui adevărat pact de familie. Astfel se și explică faptul că liberalitatea dotală se bucura de anumite reglementări, care derogau de la dreptul comun.

Prin urmare, Codul civil din 1865 a hotărât că aceste donații nu sunt irevocabile pentru motiv de ingraturitudine (art. 835). După cum legea i-a imprimat unele caractere care sunt specifice actelor oneroase, iar nu liberalităților *inter vivos*: dispunătorul era ținut să garanteze pentru cazul de evicțiune sau cel al viciilor lucrului donat (art. 1240), iar dacă dota se constituia în capital, daunele moratorii curgeau de drept de la data celebrării căsătoriei (art. 1241). Înainte de orice amănunt în plus, se impune o precizare legată de forma acestor donații incluse în convenția de dotă.

Din punct de vedere formal, legea română – aparent paradoxal și inutil, dispunea că donațiile făcute prin convenția matrimonială „nu sunt supuse la nici o formalitate” (art. 932 C.civ.). Ceea ce ar putea sugera că existau deosebiri între formele celor două tipuri de acte. Ideea indusă e însă falsă! Evident că, dacă convenția matrimonială era (și era!) act autentic, atunci art. 932 C.civ. era superfluu, fiind inutilă prescripția legală după care donația cuprinsă într-un act autentic nu mai avea nevoie de niciun fel de formalitate suplimentară. Existența (inutilă a) art. 932 C.civ. se explică însă prin importul inadecvat de legislație străină. Astfel, textul a fost inspirat de reglementarea franceză a timpului, care era conformă cu cele exprimate de textul român de lege. Dreptul francez cerea, până la data de 28.12.1966⁹⁷, ca donațiile să fie autentificate de doi notari sau de un notar asistat de doi martori

instrumentatori, pe când procedura de autentificare a unei convenții matrimoniale era una ordinară, oficiată de un singur notar și fără martori. Prin urmare, în dreptul francez, discriminarea practică între autentificarea celor două tipuri de acte juridice avea sens, cu efectul că procedura de autentificare a donației devenea mai simplă dacă ea era cuprinsă în contractul de căsătorie. În dreptul român, însă, nu numai că nu exista instituția notarului, dar procedura grațioasă de autentificare a actelor prezentate de părți era una de competența judecătorului, iar formalitățile de autentificare pentru donații erau identice cu cele cerute la convențiile matrimoniale. Art. 932 C.civ. putea fi deci pus la index și bifat ca rezultat al neglijenței legislatorului. Dar să revenim.

Spuneam că donațiile terților, prin care se constituia dota, erau irevocabile special pentru motivul ingratitudinii soțului gratificat (art. 835 C.civ.)⁹⁸. Această regulă era aplicabilă și dacă donația era făcută printr-un act distinct, iar nu direct prin convenția dotală. Explicația derogării de la dreptul comun constă în aceea că asemenea donații erau încheiate nu atât în considerarea persoanei gratificatului, ci a familiei sale și – în consecință, revocarea pentru ingratitudine ar fi pus în pericol situația patrimonială a copiilor rezultați din căsătoria donatarului ingrat. Altfel spus, sancțiunii ingratitudinii părintelui nu trebuie să-i cadă victimă copilul său⁹⁹. În toate celelalte cazuri, donația era revocabilă după dreptul comun al donațiilor (art. 829 C.civ.), fie pentru survenire de copil (art. 836 C.civ.), fie pentru inexecutarea sarcinilor impuse gratificatului (art. 831 C.civ.).

Venind vorba despre revocabilitatea acestor donații, trebuie subliniat un dublu aspect. Pe de o parte, aceste donații erau irevocabile după dreptul comun – datorită faptului că se cuprindeau în convenția matrimonială, care era un contract ce asculta și el de art. 969 alin. 2 C.civ., după cum trebuia respectată și regula imutabilității regimului matrimonial. Prin urmare, nu era permis să se uzeze de facultatea de a revoca donația – care constituia dota, doar pentru a se schimba în cursul căsătoriei regimul matrimonial. Cu toate acestea, atunci când se întâmpla în timpul căsătoriei, revocarea donației-dotă avea ca efect încetarea regimului dotal și instaurarea separației propriu-zise între soți.

Pe de altă parte, donațiile dotale nu ascultau de regulile *specifice* irevocabilității donației¹⁰⁰ (art. 822-825 C.civ.), aspect consacrat expres de art. 826 C.civ. Cu alte cuvinte, înzestrătorul putea cuprinde în convenția matrimonială condiții potestative, care să atârne doar de el (art. 822 C.civ.) sau să impună femeii dotate să plătească datorii viitoare (art. 823 C.civ.) ori să prevadă în contract reîntoarcerea convențională a bunului dotal (art. 824 C.civ.). Situație dublu paradoxală! O dată, pentru că se putea ajunge – pe calea revocării dotale, la sfidarea principiului

imutabilității regimului matrimonial în timpul căsătoriei. Apoi, deoarece revocabilitatea dotei nu ținea cont de cauza juridică a constituirii ei: susținerea sarcinilor căsătoriei.

A *pari* același regim juridic îl aveau și donațiile făcute de terți în „favoarea maritagiului” (profitând unui soț sau ambilor) prin contractul de căsătorie, fără să se urmărească însă constituirea de dotă. După cum aceleași erau regulile care se aplicau și pentru donațiile *propter nuptias* făcute prin act distinct de convenția matrimonială. Dacă donația nu era făcută în scopul sau favoarea căsătoriei, ea nu putea fi cuprinsă în convenția matrimonială, fiind aplicabil doar dreptul comun din materia liberalităților.

Donația de bunuri prezente încheiată între viitorii soți. Mai întâi trebuie observat că legea civilă amalgamează voit lucrurile, consacrand aceleași reguli, indiferent dacă este vorba despre donații între viitorii soți sau între soți (art. 936 C.civ.). Evident că „viitorii soți” nu erau soți, iar donațiile dintre ei se subordonau, dacă nu avea legătură cu viitoarea căsătorie, dreptului comun. În schimb, atunci când donațiile se făceau prin contractul matrimonial cu scopul de constituire a dotei, iar bărbatul era acela care gratifica prin constituirea dotei, regulile de aplicat sunt cele de mai sus, deoarece – așa cum deja am văzut, și bărbatul putea fi considerat un terț. Dacă donația se făcea (prin act separat de convenția matrimonială) între viitorii soți tot în vederea căsătoriei, se aplicau iarăși aceleași reguli.

În ultimele două cazuri, donațiile erau însă revocabile *ad nutum* (art. 937 C.civ.), acesta fiind și scopul identității de tratament dintre donațiile *propter nuptias* încheiate între viitorii soți și donațiile propriu-zise dintre soți. În schimb, dacă donația dintre viitorii soți nu avea nicio legătură cu căsătoria care urma, se va fi aplicat dreptul comun, fără derogare; deoarece donația era paralelă juridic cu viitorul regim matrimonial, care se va stabili între soți. În toate cazurile, subzista o ciudățenie, dacă luăm în calcul ideea că soții se căsătoreau și pentru a avea copii. Indiferent cum erau săvârșite donațiile între viitorii soți, acestora le era aplicabil art. 836 C.civ.; deci donațiile erau revocabile pentru survenire de copii. Dar, avea oare mare importanță practică acest aspect? În situația în care nici unul dintre viitorii soți nu avea copii, prea mare importanță nu avea revocarea, deoarece copilul survenit tot ajungea să culeagă succesoral (cel puțin) o parte din bunul donat și apoi revocat, fiind indiferent pe ce linie primea bunul. Prin urmare, legea nu putea urmări decât ca donatorul, care la epoca donației nu avea descendență, să profite el de revocare, în cazul în care se căsătorește cu o persoană care avea deja copii.

În ceea ce privește *donațiile între soți*, acestea puteau fi încheiate – evident, doar în cursul căsătoriei și nu mai puteau influența direct regimul dotal. Dota ne mai putând fi constituită în cursul căsătoriei, donațiile dintre soți rămâneau străine de regimul matrimonial, fiind regulate după dreptul comun, cu unele excepții¹⁰¹. Dintre

acestea, vrem să amintim aici doar că donațiile dintre soți erau revocabile oricând *ad nutum* (art. 937 alin. 1 C.civ.), după cum ele erau firesc irevocabile pentru survenire de copii (art. 937 alin. 3 C.civ.). Revocabilitatea donației poate fi invocată oricând de soțul donator și exercitată *ad nutum*, adică discreționar și pe cale unilaterală. Efectul esențial – pe care îl produce posibilitatea revocării, este unul nociv pentru circuitul civil: circulația bunului donat este cvasi-blocată, acesta trebuind să rămână în patrimoniul soțului donatar până la moartea donatorului. În ipoteza în care bunul era repus în circuitul civil în timpul căsătoriei, se aplica dreptul comun, pentru a determina soarta lui juridică, cu ocazia revocării donației, care va produce consecințe *ex tunc* asemănătoare cu cele de la rezoluțiune.

Deși aparent străine regimurilor matrimoniale, donațiile dintre soți se leagă totuși de acestea. În primul rând, calitatea de soți a contractanților explică regula revocabilității donațiilor petrecute între ei. Aceasta se întemeiază pe protecția care trebuie acordată soțului donator față de abuzurile de captație și influență, pe care celălalt soț le-ar putea exercita. Pentru ca donația să nu fie simulată în vânzare, Codul civil a interzis și vinderea dintre soți (art. 1307). Astfel se explică și de ce legea lovește cu nulitatea donațiile dintre soți, care sunt deghizate sau încheiate prin interpuși (art. 940-941 C.civ.). Legiuitorul a vrut să fie sigur că fiecare soț păstrează bunurile sale în cursul căsătoriei, iar nu să cadă în capcana patrimonială a celuilalt soț. Cu alte cuvinte, juridic, nu ar trebui să existe nicio contaminare între *animus conjugalis* și *animus donandi*. În al doilea rând, revocabilitatea donației între soți (sau viitori soți) se lovea de regula imutabilității convenției matrimoniale, cele două principii fiind greu de conciliat. Și – în fine, prin instituirile contractuale dintre soți, se putea ca regimul matrimonial să-și proroge unele efecte și în materie succesorală.

Oricum, când donația urmărea constituirea unui dote, ea se caracteriza prin două elemente care sunt specifice actelor oneroase, iar nu liberalităților *inter vivos*: dispunătorul era ținut să garanteze pentru cazul de evicțiune sau cel al viciilor lucrului donat (art. 1240 C.civ.), iar dacă dota se constituia în capital, dobânzile curgeau de drept de la data celebrării căsătoriei (art. 1241 C.civ.). Aceste reglementări se explică tot prin specificul dotei (de a susține sarcinile căsătoriei), ceea ce impunea ca bunul dotal să intre în patrimoniul femeii și, de asemenea, să fie apt de exploatare juridică din chiar momentul celebrării căsătoriei.

Donația de bunuri viitoare. Numită și instituire contractuală¹⁰², donația de bunuri viitoare a fost străină¹⁰³ de dreptul român anterior adoptării Codului civil și – prin urmare, foarte puțin folosită practic după consacrarea ei legală. Ea a fost împrumutată, cum deja am notat mai sus, din dreptul francez¹⁰⁴. Dar, ce este instituirea contractuală și care era regimul ei juridic?

Prin instituirea contractuală se poate înțelege acea specie de donație cuprinsă într-o convenție matrimonială, prin care donatorul transmite *mortis causa* donatarului întreaga sa succesiune, o fracțiune din aceasta sau doar un bun. Codul civil i-a consacrat doar câteva articole (art. 821, 933-934 C.civ.), deși instituția comportă o bună doză de bizar¹⁰⁵, rezultată din combinarea diferitelor reguli proprii liberalităților *inter vivos* și *mortis causa*. Amândouă expresiile folosite pentru a o desemna sunt sugestive, dacă nu chiar complementare. Astfel, „instituirea contractuală” sugerează că am avea de-a face cu cea de-a treia cale a devoluțiunii succesoriale: cea convențională. În această materie, dispunătorul poartă numele de *institutor*, iar gratificatul se cheamă *instituit*, iar situația acestuia din urmă a fost tradițional comparată cu aceea a unui erede rezervatar. Astfel, și instituitul și rezervatarul au vocația de a culege o moștenire, iar această vocație le este protejată – adevărat, în mod diferit, prin reducțiunea liberalităților excesive făcute de *de cuius*, doar în cazul rezervatarului. Apoi, rezerva succesorală era reglementată imperativ, dar *de lege lata* i se interzicea și institutorului să dispună cu titlu gratuit de bunurile sale (art. 933 alin. 2 C.civ.). Deosebirea majoră dintre statutul juridic al celor doi actori în discuție – vocația rezervatarului este legală, în timp ce vocația instituitului este pur convențională – determină însă și regimurile juridice diferite de aplicat fiecăruia.

Expresia „donația de bunuri viitoare” ar putea să ne sugereze că mecanismele instituției analizate sunt împrumutate de la donație, iar că obiectul derivat al acesteia îl constituie bunurile viitoare ale donatorului, iar nu cele contemporane încheierii actului. În fond, aici prin bunuri viitoare trebuie înțeles bunuri eventuale, adică acelea care se vor mai găsi în patrimoniul donatorului la data morții sale. Din acest punct de vedere, donația de bunuri viitoare nu transferă drepturi efective, ci conferă doar vocații omoloage celor de tip succesoral, motiv pentru care se și derogă de la art. 965 alin. 2 C.civ. Prin urmare, subliniem – încă o dată, că aici expresia „bunuri viitoare” nu are sensul obișnuit din materia regimurilor matrimoniale, de bunuri dobândite în timpul căsătoriei, după cum „bunurile viitoare” din materia instituirii nu sunt nici cele la care alin. 1 al articolului 965 C.civ. face trimitere. Aceste „bunuri viitoare” puteau fi determinate diferit în contract, fie în universalitatea lor, fie cu titlu universal sau doar cu titlu particular. În primul caz, instituitul avea statutul unui moștenitor universal, în ultimul caz, el se putea comporta ca un legatar cu titlu particular.

Și din cele deja spuse, rezultă că instituirea contractuală era o instituție eterogenă, un hibrid rezultat din melanjul de reguli împrumutate de la donație, testament și succesiunea *ab intestat*. Instituirea contractuală este un contract, ca și donația, dar ea e revocabilă special¹⁰⁶, deci se apropie de un testament. Dacă accentul se pune pe contract, se poate nota că instituirea contractuală nu este decât o donație sub condiție potestativă simplă¹⁰⁷. Iar ca donație, instituirea contractuală

făcută prin contractul dotal, nu putea fi revocată pentru cauză de ingraturitate (art. 826 C.civ.). Dacă se admite că instituirea se putea face între soți în cursul regimului dotal¹⁰⁸, atunci ea pare un testament contractual¹⁰⁹, cu toate efecte acestui act *mortis causa*.

Legiuitorul român de la 1864, spuneam, a reglementat instituirea contractuală (art. 821, 826, 933-934 C.civ.), dar a făcut-o mai confuză decât era original. Două sunt confuziile esențiale: una rezultă din chiar textul care permite instituirea contractuală (art. 821 C.civ.), cealaltă își are originea în art. 826 C.civ. Astfel, art. 821 C.civ. dispune că „Donațiunea între vii pentru bunurile viitoare este revocabilă.” Ce poate să însemne textul? La care revocare se referă legiuitorul? Sigur nu poate fi vorba despre înlăturarea principiului *pacta sunt servanda*, de irevocabilitatea ordinară, obișnuită sau de drept comun (cf. art. 969 C.civ.). Aceasta pentru că principiul *pacta sunt servanda* se aplică oricărui contract, iar cei care au redactat Codul civil nu aveau nicio intenție să reînvie donația *mortis causa*, din moment ce deja au stabilit conținutul art. 800 C.civ., iar acest text cuprinde expresia „donațiune între vii”. Rezultă că revocabilitatea, care a fost vizată expres de legiuitor în art. 821 C.civ., este cea specifică donațiilor, la care se face referire și în art. 801 C.civ.

Un alt argument, în același sens, ar fi acela că art. 821 C.civ. este plasat chiar înaintea textelor de lege care consacră irevocabilitatea specială a donațiilor (art. 822-825 C.civ.). Astfel spus, intenția legii era să facă instituirile contractuale revocabile indirect, prin admiterea clauzelor speciale interzise într-o donație obișnuită. Dacă admitem această explicație, trebuie să acceptăm automat că art. 826 C.civ. este eronat, și că acesta este – în fond, responsabil de confuzie. Inspirat din art. 947 C.civ.fr.¹¹⁰, care este un text de trimitere la patru articole precedente, printre care și art. 943 C.civ.fr.¹¹¹ (care interzicea în general instituirea contractuală), art. 826 C.civ. trimite și el la instituirea contractuală¹¹², lăsând să se înțeleagă însă că instituirea contractuală *nu* este compatibilă cu convențiile matrimoniale. Forma de redactare a celor două articole, român și francez, diferă totuși. Astfel, art. 943 C.civ.fr. conține o negație, iar art. 947 C.civ.fr. o altă negație. Rezultatul acestei duble negații este aplicarea instituirii contractuale (art. 943 C.civ.fr.) *doar* la donațiile matrimoniale. În timp ce art. 821 C.civ. conține o afirmație, iar art. 826 C.civ. o negație, cu efectul producerii unei confuzii.

Rațiunea acestor două articole de trimitere¹¹³ a fost însă aceeași: să permită revocabilitatea specială a donațiilor matrimoniale. În plus, urmărindu-se ca instituirea contractuală să nu mai poată fi încheiată decât prin convenția matrimonială, art. 947 C.civ.fr. nu face decât să stabilească regula după care instituirile contractuale sunt posibile doar prin convențiile de maritagi sau între soți. Nu același este și efectul art. 826 C.civ.¹¹⁴, deoarece el interzice formal și stupefiant aplicarea art. 821 C.civ., adică

a instituirii contractuale prin convențiile matrimoniale! Art. 826 C.civ. nu este – în fond, decât rodul unei inadvertențe de redactare, deoarece art. 933 C.civ. reglementează efectele și regimul instituirii contractuale. Deci, prin art. 821 C.civ. s-a vrut introducerea instituirii contractuale și în dreptul nostru, fapt confirmat de art. 933 C.civ., iar prin art. 826 C.civ. nu s-a urmărit decât: 1) cantonarea instituirii în convenția matrimonială și 2) înlăturarea aplicării irevocabilității speciale a donațiilor la instituire, iar nu eliminarea instituirii contractuale.

Cunoscând bine tradiția franceză, doctrina română a timpului trecut (ca de altfel și legiuitorul de la 1864) a încercat diferite explicații, printre care și considerarea instituirii contractuale ca fiind irevocabilă¹¹⁵ ordinar, pentru a putea astfel repudia donațiile *mortis causa*. *De lege lata* instituirile contractuale erau în Codul civil român, ca și în legislația franceză, un hibrid: donații de bunuri viitoare cu efecte *mortis causa*. Dar care erau efectele instituirii contractuale?

În timpul vieții institutorului, acesta nu se putea comporta nici ca un adevărat testator, dar nici ca un veritabil donator. Institutorul nu putea să revoce *ad nutum*, precum un testator, instituirea contractuală, pe motiv că aceasta era un contract și, deci, irevocabilă potrivit dreptului comun (art. 969 C.civ.). Institutorul nu era ținut precum donatarul obișnuit la plata donației, deoarece el păstra bunurile donate până la momentul în care se sfârșea din viață. În plus, fiind o donație *propter nuptias*, instituirea era revocabilă pentru cazurile speciale și specifice donațiilor. Poziția institutorului era deci intermediară. El păstra bunurile donate, dar era restrâns în capacitatea sa de a dispune cum voiește de bunurile sale. Astfel, el putea să încheie orice act cu titlu oneros dorea, dar nu putea să săvârșească, după momentul instituirii contractuale, nici un alt act gratuit¹¹⁶ (donație sau testament) (art. 933 alin. 2 C.civ.). Dacă se sfida interdicția legală, actele gratuite subsecvente instituirii erau lovite de nulitate. Totuși, această interdicție era considerată¹¹⁷ doar supletivă, putându-se deroga de la ea prin actul juridic al instituirii contractuale. În schimb, posibilitatea institutorului de a dispune oneros de bunuri era reglementată imperativ și apărată de amenințarea nulității absolute a actului juridic ce o încalcă.

După moartea institutorului, gratificatul instituit universal sau cu titlu universal avea un drept de opțiune asemănător celui succesoral. Acest drept se explică prin specificul instituirii: instituitul nu a dobândit la data încheierii contractului decât o vocație, iar nu un drept concret și efectiv. Astfel, dacă se acceptă instituirea, gratificatul dobândește bunurile institutorului cu efect retroactiv, care urcă până în momentul deschiderii succesiunii, iar nu până la data la care a fost încheiat contractul de instituire¹¹⁸. Asimilarea instituitului cu succesorul obișnuit nu se mărginește la culegerea activului patrimonial. În măsura în care instituitul a acceptat moștenirea institutorului său, el era ținut și de datoriile succesiunii. Dacă

instituitul renunța la moștenirea contractantului său, el era considerat străin de succesiunea acestuia, cu toate efectele din dreptul succesoral comun.

În ceea ce privește cauzele de ineficiență ale instituirii contractuale¹¹⁹, acestea erau legate de natura instituirii. Astfel, instituirea era caducă dacă se renunța la ea, cu ocazia deschiderii succesiunii institutorului sau dacă nu mai avea loc celebrarea căsătoriei. În acest ultim caz, căderea contractului matrimonial lăsa fără efecte și instituirea contractuală. În situația în care instituirea era făcută *sub modo*, neexecutarea sarcinii putea atrage revocarea donației, potrivit dreptului comun. Așa cum am văzut, instituirea nu era revocabilă pentru ingratitudea instituitului, dar ea se revoca pentru survenire de copil. Ca efect al ineficienței instituirii contractuale, bunurile institutorului mort rămâneau în masa sa succesorală și erau deferite moștenitorilor săi potrivit dreptului succesoral comun.

Codul civil a reglementat și o varietate¹²⁰ de instituire contractuală cunoscută sub numele (înșelător) de *donație cumulativă* (art. 934-935 C.civ.). Esența acestei specii de instituire era că gratificatul putea să aleagă, la deschiderea succesiunii institutorului, între a culege bunurile prezente la epoca încheierii donației și bunurile viitoare ale lui *de cuius*. În fond, aceasta era o donație alternativă, iar nu cumulativă, deoarece gratificatul nu cumula nimic, ci – în calitate de instituit, avea dreptul să opteze între două categorii de bunuri ale contractantului său acum mort. S-a precizat¹²¹ că donația cumulativă poate fi analizată juridic ca o instituire contractuală, care se poate transforma – prin voința instituitului și cu efect retroactiv, într-o donație ordinară, de bunuri prezente.

¹ Studiul este rezultatul cercetărilor finanțate în cadrul proiectului PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, intitulat *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, director Mircea-Dan Bob.

* Prof.univ.dr. la Facultatea de drept a UBB Cluj-Napoca; vpaul@law.ubbcluj.ro.

² Pentru prezentarea în dreptul actual a regimului matrimonial originar din Codul civil de la 1865, v. P. Popovici – Regimul dotal în vechiul drept și în codul civil român, SUBB nr. 2-4/2002, p. 170; P. Vasilescu – Regimuri matrimoniale. Parte generală, ed. Universul juridic, București-2008.

³ În toate cazurile, nu trebuie exagerat cu etichetările. Este evident că separația matrimonială de astăzi nu are aproape nimic în comun cu cea care poate fi atașată vechilor regimuri dotale. Ne încercăm mai mult o nevoie de sistematizare generică, cu scop de lămurire, decât o disecare în amănunt a regimurilor aplicabile odinioară. Din acest punct de vedere, orice apropiere cu instituțiile sau categoriile dreptului modern nu face decât să distorsioneze – într-o proporție mai mare sau mai mică, inclusiv viziunea de ansamblu asupra dreptului vechi.

- ⁴ Decretat la 26.11.1864, promulgat la 04.12.1864 și pus în aplicare din 01.12.1865, iar pentru regimurile matrimoniale, vechea lege s-a aplicat până în 01.02.1954, dată de la care s-a aplicat Codul familiei, abrogat și el la 01.10.2011, de când se aplică noul Cod civil, care nu face obiectul acestui studiu.
- ⁵ L. Jossierand – Cours de droit civil positif français, vol. III, ed. Sirey, Paris-1930.
- ⁶ Art. 1239 C.civ. conținea în forma sa inițială un alineat care dispunea expres că regimul matrimonial legal este cel dotal, acest text însă nu a fost reprodus la publicarea oficială a Codului civil.
- ⁷ V. art. 1912 și 1914 C.civ.
- ⁸ Excepțional, spun C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – Tratat de drept civil român, vol. III, ed. All, București-1998, vol. III, p. 38.
- ⁹ Legea privitoare la ridicarea incapacității civile a femeii măritate, promulgată prin D: 1412/19.04.1932 și publicată în M.Of. din 20.04.1932. Oricum, incapacitatea specială a femeii măritate, ca și puterea maritală, căzuse în desuetudine de la data adoptării Constituției din 1923, care proclamase deja egalitatea în drepturi civile dintre bărbat și femeie.
- ¹⁰ Codul civil nu a definit căsătoria sau familia, dar art. 1223 vorbea limpede despre „asociațiunea conjugală”.
- ¹¹ C. G. Disescu – La puissance du mari sur la personne et les biens de la femme, th, ed. A. Derenne, Paris-1877, p. 17.
- ¹² Sincretismul argumentelor legislative, care încercau să susțină puterea bărbătească în familie, este reflectat și de art. 195 C.civ., după care femeia datorează ascultare bărbatului. Dispoziția nu poate avea decât un conținut esențialmente moral, dacă păstrăm analiza în sfera juridică, și – în consecință, o asemenea reglementare nu-și găsea locul în Codul civil. Dacă însă înlocuim registrul juridic cu cel moral, devine evident că preceptul din art. 195 C.civ. nu face decât să reflecte condiția de subordonare juridică a femeii față de bărbatul său.
- ¹³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, p. 43, pg. 87.
- ¹⁴ Evident, ne interesează incapacitatea și ridicarea ei în timpul căsătoriei.
- ¹⁵ În sensul că ea opera în raporturile dintre femeia căsătorită și oricare altă persoană, v. E. Lupan, D.A. Popescu – Drept civil. Persoana fizică, ed. Lumina Lex, București-1993, p. 43.
- ¹⁶ În epocă se prefera să se spună că incapacitatea femeii era generală. Aceasta era exact doar în legătură cu actele judiciare ale femeii, când se cerea autorizarea ei chiar și pentru acte pe care extrajudiciar le putea face fără autorizație (M. B. Cantacuzino – Elementele dreptului civil, ed. All, București-1998, p. 693). După terminologia de astăzi și luând în considerare faptul că femeia putea face acte de administrare și folosință fără autorizare maritală, corect ar fi să spunem „incapacitate de exercițiu specială”.
- ¹⁷ L. Guillaouard – Traité du contrat de mariage, vol. III, ed. A. Pedone, Paris-1894, pg. 1177. În epocă se făcea deosebirea între dreptul de pură administrare, pe care îl avea minorul (art. 427 C.civ.) și libera administrare pe care o avea femeia asupra bunurilor proprii, ceea ce ar fi valorat că puterile femeii incapabile erau totuși mai extinse decât cele ale minorului emancipat. Astăzi, am putea compara incapacitatea femeii măritate cu capacitatea restrânsă a minorului care a împlinit 14 ani. De luat aminte că în Codul civil nu exista sistemul al capacităților de exercițiu restrânse, care a fost introdus prin D: 31 și 32 din 1954!
- ¹⁸ Trebuie totuși reamintit că prescripția extinctivă, ca și astăzi, nu curgea între soți în timpul căsătoriei (art. 1879 C.civ.).
- ¹⁹ Prin Legea privitoare la ridicarea incapacității civile a femeii măritate, promulgată prin D: 1412/19.04.1932 și publicată în M.Of. din 20.04.1932.

- ²⁰ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 46-48; *ibidem* pentru contradicția care exista anterior datei de 20.04.1932 între art. 199, 1285 și 1265 C.civ.
- ²¹ La 20.04.1932.
- ²² Excepție notabilă a constituit-o posibilitatea femeii de a cere justiției separația de patrimonii (art. 1256 C.civ.).
- ²³ Acest articol a fost și el abrogat prin legea din 20.04.1932.
- ²⁴ Aspecte care i-au determinat pe redactorii proiectului de Cod civil din 1932 să prevadă expres că regimul matrimonial legal este cel de separație (art. 162).
- ²⁵ Poate de aceea ea a fost scoasă din proiectului de Cod civil din 1932, unde s-au prevăzut trei articole grupate sub secțiunea „Separațiunea de bunuri” (art. 175-177).
- ²⁶ Adevărat, Codul Calimach a cunoscut un fel de rudiment de separație de patrimonii dintre soți (art. 1621).
- ²⁷ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 39, pg. 77.
- ²⁸ În general, în doctrina epocii se vorbea despre separația convențională (e.g. *ibidem*, p. 39), mai ales pentru a o deosebi de cea judecătorească. În fond, folosirea termenului de „convențional” trădează concepția voluntaristă a timpului, după care un regim matrimonial legal nu este decât o convenție tacită prin care se adoptă regimul legal. Raportat la sistemul Codului civil, care nu reglementa deloc regimul separatist, este cel puțin ciudat să se aplice teoria „convenției tacite”, deoarece prin aceasta trebuia să se facă trimitere (sau să se adere) la o instituție care (însă) nu exista expres în lege, ci doar i se făcea o aplicație particulară în materie judiciară.
- ²⁹ Au fost formulate critici suficiente în epocă, astfel s-a propus înlocuirea expresiei „separație de patrimonii” cu „restituirea anticipată a dotei”, v. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 157, pg. 332.
- ³⁰ D. Chirică – Drept civil. Succesiuni și testamente, ed. Rosetti, București-2003, p. 252; F. Deak – Tratat de drept succesoral, ed. Actami, București-1999, p. 519.
- ³¹ Prin: deconfitură sau faliment personal, proasta administrare, risipa dotei, v. C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 162-165. Interesant de observat este că punerea sub interdicție a bărbatului nu justifica instituirea separației de patrimonii. Ceea ce e și mai ciudat este că, în această ipoteză, femeia măritată putea deveni tutorele bărbatului său smintit la minte (art. 452 C.civ.), cu efectul de a avea puterea să administreze atât bunurile proprii, cât și pe cele ale bărbatului. Ceea ce nu se putea imagina anterior, datorită incapacității sale maritale. Evident că situația se explică prin mecanismele specifice reprezentării, iar nu prin recursul la instituțiile legate de regimul matrimonial.
- ³² În dreptul francez al epocii situația nu era aceeași, deoarece dota putea fi constituită și sub regimul de comunitate (art. 1540 C.civ.fr.), aspect care trebuie *de lege lata* exclus în dreptul român. Cu toate acestea, pe regimul dotal se putea grefa o societate de achiziții și în sistemul Codului civil (art. 1287), ceea ce însă practic era rarism.
- ³³ Interesant de semnalat faptul că legiuitorul nu a folosit un cuvânt de origine latină pentru a desemna aceste bunuri; preferându-se grecescul *parafernă* (*para* – în afară, alături și *ferna* – dotă), latinescului *extradotal*. Explicația s-ar putea găsi în aceea că și Codul Napoleon folosea același cuvânt (*parapherne*).
- ³⁴ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 86; *contra* D. Alexandresco – Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român, vol. VIII, partea I, ed. Socec, București-1916, p. 190.

³⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 83, pg. 175

³⁶ *Ibidem*, p. 68-72.

³⁷ Importanța practică a discriminării era legată de condițiile acțiunii pauliene, care putea fi provocată în legătură cu actul constituirii dotei.

³⁸ *Ne dote qui ne veut*, se spunea în epocă, pentru a sublinia caracterul extrajuridic al acestei obligații.

³⁹ Evident că oricine nu înseamnă și femeia dotată, deoarece ar fi un non-sens.

⁴⁰ În toate cazurile, dota era supusă reducțiunii și – dacă era necesar, obligației la raport, toate după dreptul comun.

⁴¹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 71.

⁴² Acestea erau desemnate curent prin expresia „fond dotal”. Indisponibilizarea bunurilor dotale era completată de insesizabilitate și imprescriptibilitatea lor (achizitivă sau extinctivă), caracteristici preluate din vechiul drept, care a continuat legiurile romane. În legislațiile moderne, însă, inalienabilitatea dotei imobiliare era reglementată supletiv, părțile putând să deroge de la regulă. Cu alte cuvinte, inalienabilitatea fondului dotal era doar de natura *de lege lata*, iar nu de esența regimului matrimonial dotal (art. 1248-1254 C.civ.). Din acest punct de vedere, clauzele dotale de întrebuițare și reîntrebuițare trebuie considerate tot ca derogări convenționale de la regula legală a inalienabilității dotei. Dar și inversul era valabil. În sensul că, dacă *de lege lata* mobilele dotale puteau fi înstrăinate, ele puteau – printr-o clauză a contractului matrimonial, deveni inalienabile.

⁴³ Așa cum se sugerează uneori, v. C. M. Crăciunescu – Regimuri matrimoniale, ed. All beck, București-2000, p. 97.

⁴⁴ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 90-94.

⁴⁵ Deși textul se referea expres la imobile, el se aplica la orice alt tip de bun, *ibidem*. Jurisprudența franceză a inventat un hibrid (dota inclusă), care era un bun care se supunea în același timp și regimului dotal și celui de parafernalityate.

⁴⁶ Interesant a fost, în epocă, să se deznoade chestiunea dacă femeia putea „schimba” un bun propriu cu unul dotal sau invers. În sensul că se afecta regimului dotal un bun extradotal. Sub rezerva respectării imutabilității regimului matrimonial și al fixității dotei, practica vremii a admis posibilitatea, dar a calificat-o halucinant de... contract cu sine însuși, când – în fond, era vorba de „schimbare” de afectațiune a unui bun, care se realizează nu printr-un contract de schimb, ci printr-un act unilateral (notă de A. Vallimaresco în RTDciv.-1929, p. 841-845)

⁴⁷ Este un exemplu de reîntrebuițare legală.

⁴⁸ *A fortiori*, aceste clauze erau eficiente și în materie de mobile dotale. Prin întrebuițare, banii dotali se transformau (*e.g.* prin cumpărare) în bunuri dotale, iar prin reîntrebuițare bunurile cumpărate cu banii obținuți din vinderea unui bun dotal deveneau tot dotale. Se admitea și clauza de reîntrebuițare anticipată, care presupunea înainte cumpărarea unui bun (care va fi considerat dotal) din fonduri proprii, ca mai apoi să se vândă și bunul dotal. În ultimă instanță, aceste clauze aveau vocația să păstreze dota (aproximativ) fixă, fie în valoare (întrebuițare), fie în natură (reîntrebuițare). După cum, dacă se observă atent – în ciuda celor susținute de autorii români ai veacului, subrogație reală propriu-zisă nu se producea decât în cazul reîntrebuițării. Pe de altă parte, se poate reaminti că zisa clauză de reîntrebuițare era aproape același lucru cu antipriconul din Codul Caragea.

⁴⁹ Când erau aduse toate bunurile viitoare ale femeii ca dotă, se vorbea despre dota universală.

⁵⁰ Aceasta a fost regula majoritar aplicabilă, dar nu înseamnă că disputele nu au lipsit.

- ⁵¹ Semnificația termenului e specifică regimului dotal și total încâlcită, datorită specificului regimului juridic al dotei. În fond, orice persoană – în afară de femeie, era considerată terț. Reperul de definire este convenția matrimonială, dar și sursa bunurilor dotale. Astfel, în raport cu convenția dotală, bărbatul nu trebuia să fie considerat terț, fiind parte la aceasta, dar el era totuși străin de proprietatea bunurilor dotale, care sunt sau devin ale femeii și – prin urmare, bărbatul poate fi considerat... terț!
- ⁵² Codul civil a înțeles, prin urmare, să reglementeze expres doar situația constituirii de dotă de părinți (art. 1237-1239), neconsacrând reguli și pentru celelalte categorii de persoane, care ar intra în sfera zișilor terți constituitori de dotă.
- ⁵³ Pentru promisiunile consensuale de constituire a dotei, v. D. Alexandresco – *op.cit.*, p. 92-104. Dacă stăm astăzi să judecăm jurisprudența timpului, vom ajunge la ideea că mai degrabă această obligație nu era deloc juridică, ci o simplă îndatorire morală impusă de obiceiurile timpului. Această preocupare firească a părinților de a contribui la căpătuirea progeniturilor s-a păstrat și sub Codul familiei (și va dăinui veci!), nu neapărat în zonele rurale, dar ea nu mai poate lua forma juridică a dotei. Ci a cumpărării unor bunuri (în special imobile, de către părinți) înainte de căsătorie, dar în vederea căsătoriei, pentru a lăsa literă moartă art. 30 alin. 1 C.fam.
- ⁵⁴ Abia după achitarea sarcinilor căsătoriei, bărbatul era liber să utilizeze surplusul veniturilor dotale, după cum credea de cuviință.
- ⁵⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 100, pg. 208.
- ⁵⁶ Bărbatul putea fi scutit de restituire dotei. Lucru pe care doar femeia îl putea face. În funcție de modalitatea juridică prin care scutirea de restituire se întâmpla, putea fi vorba despre o donație (indirectă) sau de un legat, acte juridice care urmau dreptul comun în materie.
- ⁵⁷ Sau către moștenitorii acesteia.
- ⁵⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 183, pg. 386.
- ⁵⁹ Articol abrogat expres prin art. 131 al L: 69/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată în M.Of. nr. 608/13.12.1999.
- ⁶⁰ Ultima cauză era o dublă excepție. Pe de o parte, restituirea avea loc în timpul căsătoriei, pe de altă parte, nu exista text de lege care să o autorizeze, ea fiind însă admisă constant de practica vremii. În plus, se poate observa că aceasta era calchiată după art. 1250 C.civ., care permitea derogarea de la inalienabilitatea imobilului dotal cu scopul căpătuirii copiilor soților.
- ⁶¹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 191, pg. 412.
- ⁶² Ipoteca mai garanta restituirea contravalorii bunurilor dotale alienabile. *Illo tempore* a fost veșnic chestiune de dispută să se determine dacă ipoteca femeii măritate garantează numai dota alienabilă sau întreaga dotă (indiferent dacă e sau nu înstrăinabilă).
- ⁶³ Unde ipoteca femeii măritate era generală și ocultă.
- ⁶⁴ D. Alexandresco – *op.cit.*, p. 643-656; C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 207.
- ⁶⁵ Acum pare și mai evident de ce autorii vremii preferau, pentru acest regim, calificativul de „regim de drept comun”.
- ⁶⁶ Regula poate era avantajoasă pentru soți, dar pentru creditorii lor proprii nu, deoarece aceștia erau confuzionați la urmărire.
- ⁶⁷ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 210-211.
- ⁶⁸ D. Alexandresco – *op.cit.*, p. 653 și urm.

- ⁶⁹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 212, pg. 471. Evident că nu era vorba despre un privilegiu în sensul propriu al cuvântului, ci despre o simplă favoare acordată legal femeii căsătorite sub regim comunitar.
- ⁷⁰ *Contra ibidem*, p. 211, pg. 466.
- ⁷¹ D. Alexandresco (– *op.cit.*, p. 644, n. 3) a considerat că regimul era mixt, deoarece el îmbina regulile de la comunitate cu cele de la dotă. După terminologia și criteriile de astăzi, comunitatea redusă la achiziții, care era reglementată de Codul civil, ar putea fi înțeleasă ca un regim comunitar, derogator de la spiritul separatist al codicelui.
- ⁷² F. Terré, Y. Lequette – *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, ed. Dalloz, Paris-1997. p. 426.
- ⁷³ Posibil, dar nu prin același înscris (art. 938 C.civ.).
- ⁷⁴ *De ex lege lata* trebuie să analizăm această posibilitate. Dacă se constituia dotă în favoarea bărbatului, regulile se aplicau prin corespondență, ținând însă seama de puterea maritală a bărbatului. Dacă femeia constituia dota, fără transmisiunea proprietății către bărbat, se putea vorbi doar despre o transmisiune de uzufruct marital către bărbat. Situația era rară în practică, pentru că femeia nu avea niciun interes să se despoaie de dreptul de a-și administra bunurile proprii, supunându-le puterii bărbatului.
- ⁷⁵ Astfel se explică și prohibirea substituțiilor fideicomisare (art. 803 C.civ.), practicate cu sârg în vechiul drept românesc; interzicerea pactelor asupra succesiunilor viitoare (art. 965 alin. 2 C.civ.), dar și existența inutilului art. 808 C.civ., (în dreptul vechi francez erau încheiate donații și testamente în favoarea copiilor încă neconcepți, dar Codul Napoleon le-a suprimat, L. Josserand – *op.cit.*, p. 908) sau reglementarea partajului de ascendent (art. 794-799 C.civ.), care nu a fost decât continuatorul instituțional al „demisiei de bunuri” medievale (P. L. Timbal – *Droit romain et ancien droit français*, ed. Dalloz, Paris-1975, p. 219) ș.a.
- ⁷⁶ Henri François d’Aguesseau (1668-1751), jurist francez, cancelar, care a susținut procesul de trecere de la dreptul cutumiar la cel scris.
- ⁷⁷ P. L. Timbal – *op.cit.*, p. 215.
- ⁷⁸ Dacă se privește mai de aproape, observăm că donația nu este decât o specie foarte răspândită a unui gen mai cuprinzător, cf. L. Josserand – *op.cit.*, p. 677.
- ⁷⁹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 400.
- ⁸⁰ De aici și interdicția pactelor asupra succesiunilor viitoare.
- ⁸¹ *Ibidem*, p. 399-400.
- ⁸² Ele erau permise în dreptul roman și cel francez vechi, cf. P. L. Timbal – *op.cit.*, p. 215.
- ⁸³ F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 349-368.
- ⁸⁴ Uneori această irevocabilitate este denumită de „gradul II”, v. F. Deak – *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. Actami, București-1998, p. 104-105. Credem că nu este foarte inspirată gradualizarea irevocabilității, din mai multe motive: 1) o scală graduală presupune ca fenomenele măsurate să fie omogene, ceea ce nu se întâmplă în discuție, deoarece „irevocabilitățile” donației (generală și specială) au rațiuni și temeuri legale diferite și 2) se creează falsa impresie că ar exista conexiuni între irevocabilitatea generală și cea specială a donației. Folosirea termenilor de „general” și „special”, credem, că este mai potrivită, deoarece se subliniază regimul juridic aparte al donației în materie de irevocare.
- ⁸⁵ Pentru contribuția dreptului canon la formularea și întărirea regulii, v. P. L. Timbal – *op.cit.*, p. 214.
- ⁸⁶ Evident că și donația se poate revoca mutual, după cum ea e compatibilă cu celelalte tipuri de condiții.

- ⁸⁷ Acestea nu erau decât testamente care luau forma unui contract (de donație), cf. P. L. Timbal – *op.cit.*, p. 215.
- ⁸⁸ Deci compatibilă cu clauzele care înfrâng irevocabilitatea specială a unei donații ordinare (art. 822-825 C.civ.).
- ⁸⁹ Alături de lista textelor de lege care consacră clauzele interzise în donațiile ordinare, cu efectul întăririi principiului irevocabilității speciale a donațiilor, ar trebui aranjate și art. 829-840 C.civ., care prevăd cauzele speciale și stricte de revocabilitate. Deoarece, dacă privim răsturnat aceste cauze, adică pornind de la ideea că ele constituie excepția de strictă interpretare a regulii irevocabilității, am conchide firesc că ele au menirea tot de a întări regula irevocabilității speciale a donațiilor. Nu este însă misiunea noastră să cercetăm aici în amănunt regula irevocabilității donațiilor, iar relativ la cauzele de revocare speciale am făcut deja trimitere la art. 835 C.civ., care ne interesează deosebit și consacră regula irevocabilității donațiilor matrimoniale pentru ingratitudinea gratificatului. Pe de altă parte, nu trebuie să fim induși în eroare de întrebuintărea alternativă a cuvintelor „revocabilitate” și „irevocabilitate”. Termenii sunt folosiți alternativ pentru a scoate în evidență fie principiul, fie excepția de aplicat. În toate cazurile, nu trebuie uitat că dacă ne referim la donațiile dintre soți sau viitori soți, raportul se inversează: regula este revocabilitatea lor (art. 937 C.civ.), fără nicio excepție.
- ⁹⁰ În contrafort, donațiile cuprinse în convenția matrimonială se subordonau și principiului imutabilității regimului matrimonial.
- ⁹¹ L. Josserand – *op.cit.*, p. 906.
- ⁹² P. L. Timbal – *op.cit.*, p. 219.
- ⁹³ Caz în care instituirea ar fi revocabilă *ad nutuum* oricând, cf. art. 1093 C.civ.fr. (art. 937 C.civ.), v. M. Planiol, G. Ripert – *Traité pratique de droit civil français*, vol. VIII, ed. LGDJ, Paris-1925, p. 77. Reglementarea ar trebui să surprindă, deoarece convențiile matrimoniale erau imutabile sub Codul Napoleon, iar acest caracter ar fi trebuit să asigure și irevocabilitatea instituirii contractuale.
- ⁹⁴ Dacă donația nu era cuprinsă în contractul de căsătorie, ea era supusă regimului de drept comun.
- ⁹⁵ În fond, cauza ordinară (*animus donandi*) a oricărei donații se regăsește și în materie de dotă constituită *inter vivos*, dar regimul juridic special al dotei se explică prin resortul ei subiectiv specific. Numai acesta îi asigură o fizionomie juridică aparte.
- ⁹⁶ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 71, pg. 148.
- ⁹⁷ L. Josserand – *op.cit.*, p. 692, 905; F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 373 și 428. De amintit este faptul că și astăzi legea franceză (art. 971-975 C.civ.fr) cere, la autentificarea testamentelor, concursul a doi notari sau a unuia asistat însă de doi martori instrumentatori.
- ⁹⁸ Discutabil a fost dacă donația dotală era revocabilă sau nu pentru refuz de alimente.
- ⁹⁹ Se poate vedea aici aplicarea principiului personalității pedepselor (chiar civile).
- ¹⁰⁰ *Donner et retenir hors mariage ne vaut* spun încă francezii, v. L. Josserand – *op.cit.*, p. 923.
- ¹⁰¹ D. Chirică – *Drept civil. Contracte speciale*, ed. Lumina lex, București-1999, p. 169; F. Deac – *Tratat de drept civil. Contracte speciale*, ed. Actami, București-1998, p. 107.
- ¹⁰² P. Vasilescu – *Instituirea contractuală: un nautilus juridic ?*, Revista română de drept privat, nr. 2/2007, p. 232-252.
- ¹⁰³ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 648, pg. 1555.
- ¹⁰⁴ F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 440-449.
- ¹⁰⁵ *Instituirea contractuală era o veritabilă excepție de la regula care interzice pactele asupra succesiunilor nedeschise* (art. 965 alin. 2 C.civ.). Cu toate acestea, nici prin convenția matrimonială nu

se putea renunța la o succesiune viitoare, după cum nu se puteau înstrăina drepturile eventuale obținute prin instituirea contractuală (art. 702 C.civ.).

¹⁰⁶ În sensul că instituirea contractuală e irevocabilă, fără să ni să spună despre ce tip de irevocabilitate ar fi vorba: C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 649, pg. 1558. Pentru părerea că această instituție e revocabilă, deoarece ar fi un testament autentic, v. M. B. Cantacuzino – *op.cit.*, p. 372. Ultima interpretare nu poate fi primită pe motiv de art. 800, 858 și 860 C.civ., care fac din testament un act de drept strict (cel puțin) în ceea ce privește forma sa. Părerea exprimată de cei trei renumiți autori nu este susținută însă de nicio argumentare în contra art. 821 C.civ., care dispune *expressis verbis* că instituirea contractuală este revocabilă. Evident că aceștia aveau în spirit art. 969 C.civ. și prohibirea donațiilor *mortis causa*. Doctrina franceză operează deosebirea, în ceea ce privește revocabilitatea instituirii contractuale, după cum aceasta e cuprinsă într-o convenție matrimonială sau doar într-o donație între soți. În primul caz, ea este irevocabilă, deoarece împrumută acest caracter de la dreptul comun prin intermediul convenției matrimoniale, care o înglobează, iar în al doilea caz, instituirea contractuală ar fi revocabilă ca un testament (F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 440), deoarece donațiile dintre soți sunt revocabile oricum (*ibidem*, p. 447).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Contra* C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 650, pg. 1562, care se bazează pe irevocabilitatea instituirii, ce ar încălca regula revocabilității donațiilor dintre soți. Evident că dacă se admitea caracterul revocabil al instituirii contractuale, nu mai exista niciun impediment pentru a susține posibilitatea ca soții să practice o devoluțiune succesorală convențională între ei.

¹⁰⁹ Exprimarea este a lui Voirin *apud* F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 447. Adjectivările nu au lipsit în materie, astfel instituirea a fost botezată ca „instituție amfibie” (Furgole) sau considerată un „dar de succesiune” (Laurière), cf. L. Josserand – *op.cit.*, p. 909.

¹¹⁰ Art. 947 C.civ.fr. dispune: „Les quatre articles précédents ne s’appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre.”

¹¹¹ Art. 943 C.civ.fr. comandă: „La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.”

¹¹² Art. 821 C.civ. e omologul art. 943 C.civ.fr.

¹¹³ Art. 826 C.civ. și 947 C.civ.fr.

¹¹⁴ Omologul său francez este art. 947 C.civ.fr.

¹¹⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, A. Băicoianu – *op.cit.*, vol. III, p. 649, pg. 1558, unde nu se face totuși paralelă cu donația *mortis causa*.

¹¹⁶ Era vorba despre o rezervă... contractuală, cf. L. Josserand – *op.cit.*, p. 910.

¹¹⁷ F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 443-444.

¹¹⁸ L. Josserand – *op.cit.*, p. 918.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 919.

¹²⁰ În dreptul francez mai există o specie, și ea foarte puțin utilizată practic, numită „promisiunea de egalitate” (L. Josserand – *op.cit.*, p. 920). Aceasta se prezenta ca o clauză inserată într-o convenție matrimonială prin care părinții promit copilului lor, care se căsătorește, să păstreze egalitatea patrimonială între el și ceilalți frați ai săi, cu ocazia căsătoririi și a acestora.

¹²¹ F. Terré, Y. Lequette – *op.cit.*, p. 449.

UNELE ASPECTE PRIVIND REZERVA SUCCESORALĂ

Iuliana VÂRJAN*

Abstract: *Some remarks on the compulsory share. The compulsory share has always been a controversial aspect of inheritance law. It gives substance to what the heirs are entitled to receive from the decedant to the extent of a certain portion which ensures them an absolute legal right, of which they can not be deprived by will or gift. On the other hand, it represents the limit to the liberty of the deceased one to dispose of his own property. The implications of forced heirship are quite important and therefore the set of laws governing such a sensible domain must ensure a proper protection for both sides.*

The purpose of the present study is to approach the institution of the reserved portion in a comparative matter, in order to point out the evolution of the subject under the Civil Code of 1864 and the New Civil Code of 2011. The legislative evolution in this area has been sinuous and partially confusing.

As far as the Romanian inheritance law is concerned, we believe that maintaining the reserved portion under imperative legal provisions is desirable as it is crucial for a smooth legislative transition of the successions law.

Keywords: inheritance, compulsory share, competition between privileged heirs, abatement, surviving spouse, calculation, restitutions.

Cuvinte cheie: moștenire, rezervă, cotitate disponibilă, concursul între moștenitorii rezervatari, reducere, soț supraviețuitor, modalitate de calcul, restituiri.

I. Introducere

Rezerva succesorală este o instituție controversată datorită naturii sale de compromis: a adopta din punct de vedere legislativ o devoluțiune exclusiv legală ar echivala cu negarea nu doar a libertății testamentare, ci și a celei de a dispune prin acte cu titlu gratuit *inter vivos*, fiind în final, o restricție majoră asupra dreptului de proprietate. La polul opus, o devoluțiune exclusiv testamentară, guvernată de voința neîngrădită a dispunătorului, ar fi problematică nu doar atunci când aceasta ar lipsi, ci și atunci când îi neglijează (ne)intenționat pe cei față de care ar exista o obligație legală sau morală de confortare patrimonială.

Un sistem succesoral nu poate acorda exclusivitate niciuneia dintre cele două devoluțiuni, coexistența acestora fiind absolut necesară¹. Preferința legislativă pentru unul dintre cele două moduri de transmisiune a moștenirii nu face decât să încline balanța fie în favoarea succesibililor rezervatari, fie în favoarea libertății dispunătorului.

În dreptul român actual, Noul Cod Civil asigură un echilibru perfect, ca proporție, între rezerva succesorală și libertatea testamentară: jumătate din averea lui *de cuius* este sustrasă în mod imperativ voinței sale, în timp ce jumătatea cealaltă se află la libera sa dispoziție. Fiind pe poziții de egalitate, este greu de decelat o preferință legislativă.

Prin studiul de față ne propunem să facem câteva constatări în legătură cu instituția în discuție atât sub imperiul Codului Civil de la 1864 căruia i s-a alăturat Decretul-Lege 319/1944, cât și în ambianța textelor NCC. Rezerva succesorală nu este o chestiune pur teoretică, fapt pentru care am considerat că este oportun să analizăm și consecințele practice atrase de necesitatea asigurării efective a rezervei, consecințe concretizate în special prin modul de calcul și restituirile ocazionate de raport și reducere.

Fiind o instituție de compromis, în opinia noastră, pornim din start de la ideea că rezerva succesorală este o necesitate în domeniu. Oportunitatea sa va fi imaginea fidelă a modului în care legea o reglementează.

II. Noțiune

O definiție minimală, deja celebră², a rezervei succesorale ar fi: rezerva este succesiunea însăși, minus cotitatea disponibilă. O atare definiție era utilă sub imperiul Codului civil de la 1864, care stabilea³ doar întinderea cotității disponibile, rezerva fiind dedusă în mod indirect. Deși devoluțiunea succesorală predominantă la acea vreme era cea legală, textele de lege cuantificau exclusiv libertatea de a dispune prin acte cu titlu gratuit, deci limita devoluțiunii testamentare.

Noul Cod Civil acordă definiții legale celor două noțiuni, cotitate disponibilă, respectiv rezervă, aceasta din urmă consacrată anterior doar la nivel doctrinar.

Art. 1086 NCC dispune: "Rezerva succesorală este partea din bunurile moștenirii la care moștenitorii rezervatari au dreptul în virtutea legii, chiar împotriva voinței defunctului, manifestată prin liberalități ori dezmoșteniri."

Definirea cotității disponibile intervine, ca topologie a textelor, doar după stabilirea modalității de calcul a rezervei. Astfel, conform art. 1088 NCC: "Rezerva succesorală a fiecărui moștenitor rezervatar este de jumătate din cota succesorală

care, în absența liberalităților sau dezmoștenirilor, i s-ar fi convenit ca moștenitor legal". Abia apoi, în art. 1089 se menționează ce anume reprezintă cotitatea disponibilă: "partea din bunurile moștenirii care nu este rezervată prin lege și de care defunctul putea dispune în mod neîngrădit prin liberalități".

În opoziție cu reglementarea din Codul Civil de la 1864, NCC stabilește cotitatea disponibilă în funcție de rezervă, lucru firesc raportat la menținerea devoluțiunii legale ca regulă generală.

Ca repere legislative avem mai întâi calcularea rezervei ca fracție de 1/2 din cota legală, iar apoi deducerea cotității disponibile printr-o simplă operațiune de scădere a părții de moștenire sustrate voinței dispunătorului din întreaga succesiune.

"Întrucât soluția legală nu poate fi decât una singură – mai ales că în această materie drepturile moștenitorilor urmează să fie stabilite cu o precizie "matematică" (la propriu și la figurat)⁴ – și mijloacele prin care se ajunge la această unică soluție legală trebuie să fie apte ca în concret să fundamenteze verificarea raționamentului: prin însumarea rezervei succesoriale cu cotitatea disponibilă va trebui să obținem nici mai mult, nici mai puțin decât însăși succesiunea lăsată de *de cuius*.

III. Istoric

Pentru a putea aprecia în mod adecvat stadiul calitativ al reglementării rezervei succesoriale contemporane este deopotrivă necesară și utilă o scurtă analiză a acesteia din perspectivă istorică.

Sistemul rezervei introdus prin Codul Napoléon a fost un hibrid între *legitima* din dreptul roman, preluată în vechiul drept francez în regiunile de drept scris, și *rezerva cutumiară*, întemeiată pe ideea coproprietății familiale. Reserva este astfel consacrată legislativ ca parte a succesiunii, vizând toate bunurile lăsate de defunct, a fost acordată numai rudelor în linie dreaptă (ascendenți și descendenți), fiind limita atât a donațiilor, cât și a legatelor excesive.

Codul Civil român de la 1864 a preluat sistemul eclectic napoleonian, cu deosebirea că⁵ ascendenții rezervatari erau doar cei privilegiați spre deosebire de modelul francez care acorda rezerva tuturor ascendenților. Fundamental deosebită va fi reglementarea ulterioară a situației succesoriale a soțului supraviețuitor, acel "intrus" care a reușit să se atașeze cercului familial. Codul Napoléon nu asigură un statut echitabil acestuia, fapt pentru care ambele sisteme, francez și român, și-au reevaluat poziția succesorală a soțului supraviețuitor. Consecințele vor viza întreg ansamblul rezervei ereditare, după cum vom observa pe parcursul prezentului studiu.

IV. Fundamente

În ce scop intervine legea în limitarea libertății testamentare individuale?

În antiteză cu preeminența succesiunii testamentare asupra celei *ab intestat* din perioada dreptului roman clasic⁶, în sistemul codului civil de la 1864, moștenirea legală avea, cel puțin la nivel teoretic, caracter de regulă generală⁷. Apreciem că prin art. 955 alin. (1): "patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament" nu s-a dorit neapărat să se stabilească o ierarhie, ci să se sublinieze faptul că devoluțiunea legală este una latentă, devenind activă în lipsa unei manifestări testamentare din partea *de cuius*-ului.

S-a arătat⁸ că devoluțiunea legală ar reprezenta "testamentul prezumat" al defunctului. Prin restricționarea libertății testamentare, voința prezumată devine chiar mai puternică⁹ decât cea exprimată, atunci când există donații și/sau un testament propriu-zis care îi lezează în drepturi pe cei favorizați de lege.

Domeniul succesoral este indisolubil legat de cel familial. Așa se explică indisponibilizarea unei părți din patrimoniul succesoral în favoarea unui număr restrâns de rude ale defunctului, față de care acesta are o îndatorire morală care continuă și după moartea sa. Legătura de sânge constituie suportul acestei obligații față de cei de la care defunctul a primit viață (ascendenții privilegiați) și față de cei cărora *le-a dat* viață (descendenților). Colateralii defunctului nu sunt avuți în vedere de "voința prezumată" a acestuia, cu atât mai puțin soțul supraviețuitor, cel puțin într-o primă fază. Într-o opinie¹⁰, s-a arătat că sub imperiul Codului civil de la 1864, neacordarea rezervei și colateralilor privilegiați ar fi fost o anomalie legislativă, mai ales în baza argumentului textual reprezentat de art. 673 care acorda o cotă legală de 3/4 colateralilor (indiferent de numărul lor), în concurs cu un părinte, care primea celălalt sfert. Cota legală a colateralilor privilegiați era mult superioară celei a ascendenților privilegiați, însă doar aceștia din urmă se bucurau de rezervă. Forma din 2008 a proiectului Noului Cod civil îi includea pe colateralii privilegiați în categoria rezervatarilor, însă ideea a fost respinsă ulterior în 2009 de Comisia Juridică a Camerei Deputaților.¹¹

Așadar, un fundament incipient al rezervei succesorale ar fi *rudenia de sânge* ca justificare a obligației de întreținere postume; Codul civil din Québec a consacrat expres "supraviețuirea obligației alimentare" în art. 684-695 combinând modelul *common law* cu mijloace de protecție specifice rezervei continentale¹². Aceasta nu este datorată decât în limita necesităților creditorului, și nu ca echivalent al unei cote-părți din succesiune. Sistemul este unul ingenios, reușind să valorifice efectiv principiul libertății testamentare și totodată să îl limiteze strict în cazul în care există o nevoie din partea celor față de care dispunătorul avea o obligație alimentară.

Soțul supraviețuitor nu se încadra în aceste tipare, fapt pentru care ulterior constatăm o tot mai accentuată preocupare de îmbunătățire a situației sale succesoriale, mișcare fundamentată pe *afecțiunea prezumată* a defunctului față de partenerul său de viață și totodată pe *regimul matrimonial al comunității de bunuri* (imperativ¹³ sau cel puțin de drept comun¹⁴).

V. Caractere

Anumite caractere ale rezervei succesoriale merită amintite deoarece pot fi revelatoare în ceea ce privește concepția tradițională asupra instituției, situația actuală a acesteia, precum și utilitatea unei opțiuni legislative concretizată în modalitățile specifice de protecție (reducțiuni și raport) și regimul restituirilor subsecvente, ce urmează a fi analizate în capitolul aferent reglementării din NCC. Vom trece în revistă urmatoarele:

Parte a moștenirii

După cum am arătat, rezerva adoptată prin Codul Napoléon a preluat calitatea de *pars hereditatis*, astfel că moștenitorii vor avea dreptul la însăși o parte din bunurile incluse în succesiune, nu doar la echivalentul lor pecuniar¹⁵. Drept urmare, rezerva se va determina ținând cont doar de succesibili care vin efectiv la moștenire, nu și de renunțători. Calitatea de parte a moștenirii este atribuită în plină proprietate prin forța legii celor îndreptățiți să o primească, regulile aplicabile fiind cele ale devoluțiunii legale¹⁶.

Caracter colectiv?

Sub reglementarea Codului Civil de la 1864 caracterul colectiv și modul de atribuire global al rezervei erau unanim acceptate în doctrină¹⁷. Introducerea soțului supraviețuitor prin Legea 319/ 1944 în categoria rezervatarilor nu putea să nu influențeze modalitatea de calcul a rezervei, cu atât mai mult cu cât prin acest act normativ atașat sistemului succesoral existent în cod s-a compromis unitatea normativă a instituției. Din această cauză s-a arătat că rezerva soțului supraviețuitor, ar avea caracter individual, de unde și avalanșa de sisteme de calcul propuse.

NCC îl include expres pe soțul supraviețuitor în categoria moștenitorilor rezervatari, restabilind unitatea sistemului cotelor de rezervă, cel puțin sub aspect textual. După cum s-a remarcat în doctrina aferentă noului cod, este vorba despre o simplificare care a dus la eliminarea rezervelor colective, conferindu-le caracter

individual¹⁸, într-o manieră unitară și consecventă. Rămâne de văzut modalitatea concretă de atribuire a rezervei, fapt pe care îl vom analiza spre sfârșitul acestui studiu.

Rezerva se datorează, în principiu, în natură

Acest principiu este o consecință imediată a faptului că rezerva reprezintă o parte din succesiune; pe această bază, și reducăiunea, ca sancăiune specifică, se va face în principiu în natură, după cum dispune expres NCC în art. 1097 alin (2). Acesta este doar principiu, necaracterizat însă de imperativitate. Astfel, moștenitorul rezervatar o poate pretinde sub forma unui echivalent bănesc; de asemenea, testatorul poate desemna anumite bunuri care să compună partea rezervată sau poate delega această facultate moștenitorilor. Dreptul francez a reglementat aceste aspecte în favoarea rezervei și reducăiunii în echivalent, consacránd principiu valorismului¹⁹. Soluăiile vor putea fi aplicate prin analogie și în dreptul nostru atunci când se derogă de la atribuirea în natură, implicaăiile semnificative vizând regimul obligaăi de restituire aferente raportului și reducăiunii.

VI. Codul Civil 1864

Codul civil de la 1864 nu menăiona explicit instituăia rezervei succesoriale, aceasta fiind dedusă logic din interpretarea dispoziăiilor articolelor 841-846 " Despre partea disponibilă a lucrurilor și despre reducăiune". Textele de lege au implementat sistemul Codului Napoléon, stabilind cotitatea disponibilă în funcăie calitatea (descendenăi sau ascendenăi) și numărul rezervatarilor.

1) Rezerva descendenăilor

Rezerva descendenăilor nu pune probleme deosebite, cel puțin nu la nivel teoretic.

Discuăiile doctrinare au vizat ipotezele calculului rezervei acestora în situaăia în care unii dintre ei sunt renunăători, nedemni sau precedeați.

Preluarea modelului napoleonian a presupus inevitabil și luarea în considerare a unor opinii sau divergenăe existente în dreptul francez. Astfel, Curtea de Casaăie franceză a arătat²⁰ că rezerva se va stabili pe baza situaăiei familiale la momentul deschiderii succesiunii, fără a se ține cont de comportamentul ulterior al celor chemaăi în rang util pentru a moșteni.

Drept consecință, numărul nedemnilor sau al renunțătorilor nu era relevant, dându-se expresie caracterului colectiv și familial al rezervei, în funcție de numărul de copii "lăsați"²¹ de către *decurjus*. Pentru situația în care numărul descendenților care veneau efectiv la moștenire nu era mai mic de trei, coticitatea disponibilă fiind fixă, existența rezervatarilor renunțători sau nedemni pe lângă alți trei descendenți acceptanți nu prezenta importanță practică. Mai mult se prezuma că rezervatarul renunțător a dorit să asigure permanența rezervei globale, colective în cadrul familiei, și nu în favoarea terțului gratificat de către dispunător. Prezumția nu putea fi extinsă însă pentru nedemnul rezervatar.

Raționamentul nu a fost reținut deoarece pornea de la o situație particulară (cea în care existau mai mult de trei descendenți rezervatari dintre care unii renunțători sau nedemni, iar rezerva urma să se atribuie către cel puțin trei descendenți care aveau vocație utilă și concretă), situație pe care a ridicat-o la grad de principiu. Principalul viciu al argumentării este faptul că în această situație particulară coticitatea disponibilă era invariabil de 1/4 din moștenire, astfel încât oricum nu interesa comportamentul ulterior al rezervatarilor.

Deși jurisprudența a ezitat să se reorienteze, doctrina a subliniat faptul că nu se poate concepe ca rezerva descendenților să existe în lipsa a cel puțin unuia dintre ei care să vină efectiv la moștenire. Mai mult, dacă renunțarea la moștenire a tuturor rezervatarilor suprimă rezerva, nu se poate accepta faptul că renunțarea doar a unora dintre ei să nu o diminueze.

În dreptul nostru, practica și doctrina²² au adoptat în marea majoritate modalitatea de calcul a rezervei doar în funcție de rezervatarii care vin efectiv la moștenire, cu atât mai mult cu cât renunțătorul și nedemnul au situația de "străini de moștenire" cu caracter retroactiv de la data deschiderii acesteia (art. 696, respectiv art. 655, 657).

2) Rezerva ascendenților privilegiați

Ascendenții privilegiați alcătuiesc împreună cu colateralii privilegiați (frați, surori și descendenții lor până la gradul al IV-lea inclusiv) clasa a II-a de moștenitori legali, singura clasă mixtă. Ei vor dobândi vocație concretă la moștenire doar în situațiile în care nu există succesibili din clasa I (a descendenților) sau când aceștia nu pot (sunt nedemni) sau nu doresc (sunt renunțători) să moștenească. Legea recunoște dreptul la rezervă succesorală doar părinților (mama și tatăl defunctului din căsătorie, din afara căsătoriei sau din adopție)²³, colateralii privilegiați putând fi exheredați parțial sau chiar total.

Art. 843²⁴ din Codul Civil de la 1864 prevedea întinderea cotităţii disponibile în prezenţa ascendenţilor privilegiaţi: "Liberalităţile, prin acte între vii sau testament, nu pot trece peste jumătatea bunurilor, dacă în lipsă de descendenţi, defunctul lasă tată şi mamă sau peste trei sferturi, dacă lasă numai pe unul din părinţi". Reserva părinţilor era astfel stabilită la $1/2$, când veneau la moştenire ambii (fiecare culegând $1/4$) respectiv $1/4$, când era vorba despre unul singur.

Anterior modificării textului prin legea 134/1947, forma iniţială a art. 843 acorda ascendenţilor privilegiaţi o rezervă de $1/2$ indiferent de numărul lor, fapt ce a generat o evidentă neconcordanţă raportat la situaţia în care un ascendent privilegiat venea la moştenire în concurs cu un colateral privilegiat. Întrucât acesta din urmă beneficia de o cotă legală de $3/4$, părintele primea restul de $1/4$ cu titlu de moştenire legală, caz în care este lesne de observat că rezerva era mult mai mare decât cota legală. Prin legea 134 din 1947, s-a urmărit să se asigure că rezerva, parte din moştenire, este mai mică sau cel mult egală cu cota legală²⁵.

După modificarea din 1947, s-a înlăturat o primă neconcordanţă, astfel că textul art. 843 a ajuns la forma sus-menţionată.

O a doua neconcordanţă a apărut însă chiar înainte de această modificare legislativă, prin introducerea soţului supravieţuitor ca moştenitor rezervatar, care concurează cu oricare din cele 4 clase de succesibili, prin intermediul Legii 319 din 10 iunie 1944. Reserva părinţilor (tatăl şi mama) atunci când vin împreună la moştenire este conform art. 843 de $1/2$, în timp ce cota lor legală atunci când concurează cu soţul supravieţuitor şi cu colateralii privilegiaţi este de $1/3$ conform art. 1 lit. b) din legea 319/1944 coroborat cu art. 671 din Codul civil de la 1864. Din nou, rezerva părinţilor este mai mică decât partea de moştenire legală²⁶. De observat este faptul că această inadverenţă exista încă din 1944 şi nu a fost luată în considerare prin reforma din 1947.

Până a stabili factorul de referinţă pentru atribuirea rezervei soţului supravieţuitor, era mai întâi necesar un sistem unic de stabilire a părţii pe care o reprezintă rezerva din cota de moştenire legală. Profesorul Francisc Deak a propus încă din 1989 ca *de lege ferenda* sistemul calculării rezervei să se facă prin raportare la cota legală, respectiv $1/2$ din această cotă²⁷, propunere asumată explicit de legiuitor prin art. 1088 din NCC²⁸. De altfel, acesta era şi sistemul promovat de art. 2 al Legii 319/1944²⁹ pentru determinarea rezervei soţului supravieţuitor. Introducerea noului rezervatar în ecuaţie, deşi a generat numeroase controverse, a constituit totodată şi un reper de necontestat pentru reformarea sistemului succesoral român.

3) Rezerva soțului supraviețuitor

Evoluția în plan succesoral a drepturilor recunoscute soțului supraviețuitor este cât se poate de spectaculoasă: de la moștenitor neregulat cu vocație concretă doar în lipsa rudelor de sânge până la gradul al XII-lea inclusiv (sub imperiul Codului civil de la 1864) la moștenitor rezervatar, cu drept de moștenire legală în plină proprietate, drept de abitație și un drept special de moștenire atunci când vine în concurs cu alte clase decât cea descendenților (prin Legea 319 din 10 iunie 1944, ale cărei prevederi sunt în esență reluate de dispozițiile art. 970-974 NCC, punându-se capăt traiectoriei ascendente a evoluției soțului supraviețuitor în materia succesiunilor³⁰).

"Catapultarea soțului supraviețuitor în prim planul unei devoluțiuni succesoriale legale bazate vocațional pe legătura de sânge"³¹ a fost posibilă și necesară în contextul în care noțiunea de familie s-a restrâns considerabil din punct de vedere succesoral, rudenia de sânge nemaifiind unicul fundament al acesteia. De la succesiunea liniară s-a trecut la succesiunea-menaj³². Noțiunea de afecțiune prezumată a defunctului față de partenerul său de viață justifică noul statut al soțului succesibil, nefiind de neglijat nici contribuția supraviețuitorului la patrimoniul conjugal. Deși regimul matrimonial și cel succesoral îndeplinesc funcții diferite, tehnica matrimonială legală va influența inevitabil vocația la moștenire a soțului supraviețuitor.³³

Legea impozitului progresiv pe succesiuni din 28 iulie 1921 a pregătit terenul prin faptul că a restrâns până la gradul IV inclusiv vocația rudelor în linie colaterală. În acest nou context, Legea 319/1944 ameliorează semnificativ regimul succesoral al soțului supraviețuitor. Astfel, conform art. 1 acesta are o cotă de moștenire legală în concurs cu oricare dintre clasele de moștenitori după cum urmează: a) **1/4** în concurs cu clasa descendenților; b) **1/3** în concurs cu clasa a II-a, mixtă, când vin la moștenire atât ascendenții, cât și colateralii privilegiați; c) **1/2** când concurează fie cu ascendenții privilegiați, fie cu colateralii privilegiați; d) **3/4** în concurs cu ascendenții sau colateralii ordinari; e) **toată** moștenirea, în lipsa rudelor în grad succesibil.

Art. 2³⁴ stabilește, indirect, rezerva succesorală a soțului supraviețuitor prin raportare la cota sa legală, și anume 1/2 din aceasta. S-a afirmat că redactarea "nu este cea mai fericită" deoarece stabilește rezerva în mod indirect³⁵. Dimpotrivă, considerăm că formularea textuală este pertinentă și prudentă tocmai pe considerentul că nu există nici o referire expresă cu privire la rezerva descendenților și a ascendenților privilegiați în cuprinsul Codului de la 1864, astfel încât "breșa" creată prin noua reglementare să nu fie atât de frapantă.

Din caracterul adițional al Legii 319/1944 s-a ajuns la opinia conform căreia rezerva soțului supraviețuitor este *individuală*³⁶, chiar dacă vine în concurs cu alți moștenitori rezervatari, a căror rezervă colectivă se calculează în mod global prin raportare la același factor de referință: întreaga masă succesorală. O altă particularitate este, în această opinie, aceea că rezerva soțului supraviețuitor nu este o fracțiune raportată direct asupra moștenirii, ci o cotă fixă dintr-o cotă variabilă (1/2 din cota legală), aceasta din urmă fiind cea care se stabilește în funcție de întreaga succesiune.

S-a avansat și o opinie contrară³⁷ conform căreia nu se justifică individualizarea rezervei soțului supraviețuitor, ci dimpotrivă aceasta trebuie integrată în sistemul colectiv de calculare a rezervei pentru ca apoi suma obținută să fie atribuită rezervatarilor conform cotelor de moștenire legală, soțul supraviețuitor fiind asimilat deplin în sistem. În lipsa unui text expres care să reglementeze aceste aspecte și datorită (cvasi-)imposibilității de a ști care a fost de fapt viziunea legislativă cu privire la consecințele introducerii unui nou pion "pe masa succesorală" au apărut diferitele sisteme de calcul propuse în doctrină.

I. Astfel, într-o primă fază s-a arătat că "nu există nici un motiv care să ne facă să credem că legiuitorul, acordând soțului supraviețuitor o rezervă, a înțeles prin aceasta să micșoreze drepturile rezervatarilor de drept comun"³⁹. Consecința imediată a acestei opinii a fost propunerea de imputare a rezervei partenerului conjugal rămas în viață *exclusiv asupra cotităților disponibile (variante M. Eliescu)*, neatingându-se astfel rezerva părinților sau a descendenților. De altfel, s-a arătat că și Legea asupra impozitului progresiv pe succesiuni din 28 iulie 1921 a preconizat această modalitate de calcul.⁴⁰ Cei "prejudiciați" de către acordarea rezervei soțului supraviețuitor nu erau ceilalți rezervatari, ci persoanele gratificate prin liberalități de către defunct. Urmarea implicită a acestui sistem a fost restrângerea libertății testamentare, fapt ce pune din nou în discuție chestiunea de a decela intenția legiuitorului de la 1944: cum s-a dorit să opereze corelarea între apariția unui nou rezervatar în sistem cu principiul libertății testamentare, ca expresie a plenitudinii de atribute conferite de dreptul de proprietate?

II. Ulterior, în baza argumentului de text furnizat de art. 1 din legea 319/1944: "soțul supraviețuitor moștenește *din averea* celui alt soț" s-a mers pe varianta imputării rezervei acestuia asupra întregii succesiuni cu argumentul că "rezerva trebuie raportată întotdeauna la dreptul succesoral față de care este accesorie și indisolubil legată".⁴¹ Ea nu va fi dedusă nici exclusiv din cotitatea disponibilă, nici exclusiv din rezerva celorlalți.

Totodată, din moment ce în ceea ce privește moștenirea legală, se admite în unanimitate în doctrină și în jurisprudență⁴² că partea soțului supraviețuitor se impută asupra masei succesoriale, micșorând părțile legale ale celorlalți moștenitori, pentru identitate de rațiune trebuie admis ca și rezerva soțului supraviețuitor să se impute tot asupra masei succesoriale în întregul ei, micșorând concomitent rezerva celorlalți rezervatari și coticitatea disponibilă.⁴³

De aici, au fost propuse alte două metode de calcul: mai întâi, cea avansată de prof. **Fr. Deak** conform căreia mai întâi se va proceda la imputarea rezervei soțului supraviețuitor asupra întregii moșteniri, partea de rezervă a celorlalți urmând a fi calculată asupra restului rămas după atribuirea rezervei supraviețuitorului. Principala critică⁴⁴ a acestui sistem viza faptul că pentru rudele de sânge rezervatari ale defunctului, masa de calcul este deja una micșorată, fiind inacceptabil ca soțul supraviețuitor să fie avantajat în defavoarea celorlalți rezervatari.

A doua variantă este cea propusă de prof. **D. Chirică**, care nu s-a bucurat de o receptare favorabilă deoarece nega consecințele caracterul individual al rezervei soțului supraviețuitor: soluția era, pe cât de simplă, pe atât de inovatoare și nepărtinitoare, în sensul favorizării noului rezervatar: rezerva soțului supraviețuitor se va însuma cu celelalte cote de rezervă ale descendenților sau ascendenților privilegiați, după caz, și vor fi deduse *toate prin raportare la același reper: întreaga masă succesorală*. Această ultimă variantă a încercat să înglobeze Legea 319/1944 în cadrul devoluțiunii legale și testamentare existente deja de la 1864.

Lipsa unui sistem legal unitar a permis apariția variațiunilor pe aceeași temă a sistemului de calcul și atribuire a rezervei.

Cea mai discutată speță este cea în care la succesiunea defunctului vin cei doi părinți, soțul supraviețuitor și o soră a sa, instituită legatară universală. Oricare ar fi sistemul de calcul adoptat, acesta va fi viciat prin faptul că părinții în calitate de rezervatari vor culege cu titlu de rezervă (1/2) o parte mai semnificativ mare decât cota lor legală atunci când la moștenire vin împreună cu colateralii privilegiați (1/3).

Corelarea textelor de lege din Codul civil (art. 843) cu art. 1 lit. b din Legea 319/1944 este imposibil de realizat din acest punct de vedere, fapt pentru care soluția propusă de prof. Francisc Deak de a imputa rezerva ascendenților asupra restului rămas după defalcarea rezervei soțului supraviețuitor din întreg, diminuează factorul de referință (reprezentat de rest) din moment ce textele de lege, deși nu sunt compatibile și produc inadverențe, nu sunt flexibile. În acest sistem, soțul va primi 1/6 cu titlu de rezervă (jumătate din cota legală de 1/3 pentru concursul atât cu ascendenții privilegiați, cât și cu colateralii privilegiați), părinții 1/2 din rest (din 5/6), deci 5/12 împreună, iar coticitatea disponibilă de 5/12

va reveni legatarii universale, "sora primind, grație testamentului, ceva mai mult decât cota sa legală (1/3) și nu mai puțin decât cei doi părinți."⁴⁵

Un prim amendament făcut de prof. D. Chirică la acest sistem a fost acela că de fapt nu ne aflăm în ipoteza de la art. 1 lit. b) , ci în cea prevăzută de lit. c) a aceluși articol din legea 319/1944, deoarece *în mod efectiv* soțul supraviețuitor concurează doar cu ascendenții privilegiați, nu și cu colateralii privilegiați, astfel că rezerva acestuia va fi jumătate din cota legală de 1/2, deci 1/4, și NU 1/6. Astfel, soțul va primi 1/4 din întreg, părinții 1/2 tot din întreg (al doilea amendament), iar restul de 1/4 de către legatarul universală, chiar dacă optând pentru moștenirea legală ar fi obținut o cotă de 1/3, mai mare.

Mai recent, s-a propus un alt sistem⁴⁶: soțul să primească rezerva de 1/6, părinții cea de 1/2, iar restul de 1/3, să revină legatarii (a cărei opțiune pentru moștenirea legală sau cea testamentară nu interesează din punct de vedere a cotei primite). Testamentul în acest caz nu mai are însă menirea a de a o favoriza pe sora defunctului, ci pe părinții acestuia, care sunt obligați "în mod profitabil" să accepte rezerva, după cum am menționat mai mare decât cota legală.

Avem unele rețineri în a accepta acest sistem deoarece face abstracție în mod vădit de opțiunea surorii defunctului între calitatea sa de moștenitor legal sau testamentar, consecințele neputând fi neglijate. Cota soțului supraviețuitor în concurs cu clasa a II-a diferă tocmai în funcție de cei cu care concurează efectiv, deci nu putem să punem problema fără a ține cont de participarea concretă a colateralilor privilegiați.

Clasa a II-a de moștenitori este problematică din perspectiva faptului că este o clasă mixtă, în cadrul căreia doar părinții sunt rezervatari. Instituirea unui colateral privilegiat ca legatar universal este fundamental diferită de gratificarea unui rezervatar în acest sens. În acest din urmă caz, rezervatarul are beneficiul posibilității cumulului rezervei cu cota disponibilă atribuită în baza voinței exprimate a defunctului. Un moștenitor legal nerezervatar, precum colateralii privilegiați nu au acest drept de opțiune. În speța prezentată mai sus, gratificarea colateralului privilegiat cu un legat universal echivalează cu exheredarea acestuia de la moștenirea legală, și totodată investirea sa cu vocație succesorală testamentară. Deși există o aparență de "sanțiune", datorită exheredării indirecte și a imposibilității cumulului, considerăm că sistemul de calcul adoptat ar trebui să asigure realizarea intenției dispunătorului: favorizarea colateralului peste partea sa de moștenire legală, din punct de vedere valoric.

Într-adevăr, nimic nu o împiedică pe legatară să accepte în calitate de moștenitor legal⁴⁷, mai ales că nu există nici principiu, nici text de lege care să asigure o parte mai mare unui gratificat nerezervatar decât cota sa legală.⁴⁸ S-a

propus *de lege ferenda* ca legatarul să nu poată primi pe calea succesiunii testamentare mai puțin decât ar moșteni pe calea moștenirii legale.⁴⁹ Noul Cod civil nu a mers pe această variantă, ci enunță în art. 1102 alin. (2)⁵⁰ cele constatate în opinia susmenționată⁵¹: libertatea opțiunii în privința celor două modalități de a succede, de unde posibilitatea de a opta doar pentru calitatea de legatar în scopul obținerii unui emolument superior.

Teza a II-a a acestui alin. (2) prezintă o situație particulară: "Dacă, deși nu a fost încălcată rezerva, din testament rezultă că defunctul a dorit să diminueze cota ce i s-ar fi cuvenit legatarului ca moștenitor legal, acesta din urmă poate opta doar ca legatar." Formularea textului este ușor ambiguă, la o prima citire creând impresia că rezervatarul legatar nu mai are un drept de opțiune succesorală pentru ambele vocații. În realitate, putem distinge o dublă perspectivă, cu finalitate unică.

Într-o prima abordare, în situația în care a fost diminuată cota legală fără a fi încălcată rezerva, legatarul rezervatar ar putea să cumuleze emolumentul legatului cu cel al rezervei, chiar și dacă ar fi afectată prin însăși această liberalitate, nefiind ținut să invoce reducțiunea liberalității excesive, cu atât mai mult întrucât este o liberalitate de care el va beneficia. Nu vedem de ce ar trebui să opteze *doar* în calitate de legatar când poate obține mai mult, posibilitate acordată chiar în alineatul precedent al aceluiași articol: "Moștenitorul care, în baza legii sau a testamentului, cumulează mai multe vocații la moștenire are, pentru fiecare dintre ele, un drept de opțiune distinct" (art. 1102 alin. (1) NCC). În acest caz, liberalitatea nu trebuie să se încadreze în cotitatea disponibilă, ci în quantumul cumulat al cotității cu partea de rezervă a gratificatului⁵², singura limită fiind rezerva celorlalți moștenitori.

Dintr-o a doua perspectivă, constatăm că în situația în care rezervatarul gratificat optează doar pentru calitatea de legatar, el renunță implicit la partea sa de rezervă, limita întinderii unui eventual legat universal fiind rezervele celor alături de care moștenește. Partea de rezervă a gratificatului este înglobată în emolumentul cules ca moștenitor testamentar. Drept urmare, indiferent din ce unghi am privi, exercitarea opțiunii succesorale fie în ambele calități, fie doar în cea de legatar, asigură gratificatului rezervatar același beneficiu patrimonial.

Revenind la subiectul drepturilor partenerului conjugal, NCC a absorbit practic prevederile Legii 319/1944; mai mult, "l-a catapultat"⁵³ la propriu în prim plan pe soțul supraviețuitor, situându-l efectiv în fața tuturor celorlalte clase de moștenitori. Nu credem că se mai poate vorbi despre caracterul individual al rezervei acestuia raportat la rezerva colectivă a celorlalți, întrucât toate rezervele, în ambianța textelor noii reglementări, au dobândit caracter individual. Următoarea

afirmație surprinde esența modului de abordare legislativă unitară a instituției rezervei: "înglobarea nu duce în acest caz la... globalizare"⁵⁴.

Credem că este important de menționat faptul că nici NCC nu stabilește ferm și explicit care este optica legiuitorului în ceea ce privește tratamentul succesoral al soțului supraviețuitor. Privind în retrospectivă, impactul Legii 319/1944 este de necontestat, însă nu putem să nu remarcăm reținerea legislativă ca dominantă a tuturor proiectelor de reformă succesorală. Într-adevăr s-a îmbunătățit considerabil situația drepturilor asupra moștenirii, însă legea da dovadă totodată și de puțin imobilism prin faptul că lasă impresia că nu a reevaluat și transformarea rolului partenerului conjugal din punct de vedere social. Soțul supraviețuitor nu mai joacă același rol ca la 1944, cu atât mai puțin ca la 1864.

După cum am menționat mai sus, NCC pune capăt evoluției legislative constante a soțului supraviețuitor, prin faptul că se mărginește a prelua stadiul legislativ de la 1944. Iar oare reforma din 1944 nu a avut ca scop tocmai favorizarea soțului supraviețuitor, chiar cu riscul diminuării drepturilor rudelor de sânge? Însăși cota legală progresivă acordată prin lege în funcție de concursul cu fiecare clasă denotă slăbirea cogațiunii ca fundament al moștenirii în favoarea "afecțiunii prezumate" pentru partenerul de viață, mai ales dacă mergem pe principiul că legea în materie de succesiuni reprezintă "testamentul prezumat al defunctului".

Legătura de descendență directă, deși este reprezentată grafic în mod liniar, din punct de vedere al rezervei reprezintă un cerc închis pe care am putea să îl lipsim de suport legislativ (deoarece fiecare descendent are posibilitatea teoretică de a deveni ulterior ascendent privilegiat, deci o dublă ocazie de a moșteni în calitate de rezervatar) : negând dreptul la rezervă al ascendenților privilegiați, pe fondul tendinței de restrângere a cercului familial intim legat de defunct⁵⁵ și totodată lipsindu-i și pe descendenți de rezervă atunci când concurează cu soțul supraviețuitor în condițiile în care, într-o cronologie firească a deceselor, aceștia vor primi ulterior partea moștenită de părintele decedat ulterior din succesiunea părintelui precedat. Desigur, cotele legale se păstrează, însă obligațivitatea rezervei s-ar putea adresa doar soțului supraviețuitor. De asemenea, soluția adoptată de Codul Civil Québec ar putea fi luată în considerare, având avantajul că asigură prin lege o creanță față de moștenire doar aceluia care au în mod efectiv nevoie. Libertatea testamentară ar deveni una efectivă, defunctul fiind liber să îi gratifice chiar pe cei care ar fi fost îndreptățiți la rezervă, neîngrădit de complicațiile generate de raport și reducere. În lipsa unei manifestări exprese de ultimă voință sau în prezența uneia dovedit viciate, va fi activată în plan subsidiar, "voința prezumată" așa cum însăși textele de lege o pretind.⁵⁶

Deși tendința actuală este aceea de a nega necesitatea unei rezerve succesoriale, pe fondul asigurării libertății de a dispune de bunuri cu titlu gratuit, rolul inițial al instituției, acela de a susține coeziunea grupului familial, nu a căzut în desuetudine. De aceea ne raliem opiniei conform căreia, atât timp cât rezerva este menținută în limite rezonabile, aceasta merită conservată.⁵⁷

VII. Noul Cod Civil

1. Moștenitorii rezervatari

Categoria moștenitorilor rezervatari rămâne neschimbată în NCC în raport cu momentul 10 iunie 1944, art. 1087 dispunând: "Sunt moștenitori rezervatari soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați ai defunctului". O particularitate ce trebuie menționată este aceea prevăzută în art. 975 alin. (3), text care vizează cota legală a descendenților în concurs cu soțul supraviețuitor: "În concurs cu soțul supraviețuitor, descendenții defunctului, *indiferent de numărul lor*, culeg împreună trei sferturi din moștenire." Cota legală a soțului supraviețuitor în concurs cu descendenții era aceeași sub imperiul Legii 319/1944, însă rezerva descendenților era diferită în funcție de numărul lor, dedusă indirect prin stabilirea unei cote disponibile variabile în funcție de numărul de copii "lăsați" de către defunct. Conform noii reglementări, în ipoteza în care soțul supraviețuitor moștenește în concurs cu clasa I, rezerva descendenților ca jumătate din cota fixă de trei sferturi (deci $3\frac{3}{8}$) cumulată cu rezerva celui dintâi ($\frac{1}{8}$) delimitează o cotă disponibilă de jumătate din moștenire întotdeauna. Așadar, libertatea de a dispune prin liberalități este echivalentă unei jumătăți din patrimoniul reconstituit fictiv, consecință directă a sistemului unitar introdus în art. 1088 NCC pentru determinarea rezervei, după cum vom observa în continuare.

Considerăm că este oportun să (mai) facem câteva observații în legătură cu evoluția în plan succesoral a statutului soțului supraviețuitor. Dacă sub imperiul Codului Civil de la 1864 drepturile sale erau nesemnificative, situația s-a schimbat radical prin Legea 319/1944. Noua optică a legiuitorului de la acea vreme a creat dificultăți majore în ceea ce privește intergrarea coerentă a noului rezervatar în sistemul succesoral existent. Propunerile avansate de doctrină au urmărit să asigure un echilibru între confortarea patrimonială a rezervatarilor și libertatea lui *de cujus* de a dispune *inter vivos* și *mortis causa*.

Intenția legiuitorului de la 1944 a fost decelată însă prin sistemul propus de M. Eliescu, după cum reiese dintr-un raport al Ministrului justiției de la acea

vreme, Ion C. Marinescu⁵⁸: "Pentru că drepturile soțului supraviețuitor să fie garantate, am prevăzut un drept de rezervă de jumătate din ele în favoarea lui, lăsând celuilalt soț dreptul de a dispune prin liberalități și de a repara astfel eventuale nedreptăți. Dispozițiunile art. 841 și următorii din codul civil, rămân în vigoare în ceea ce privește drepturile rezervatarilor, *însă cotitatea disponibilă a averii de care poate dispune soțul, se găsește modificată în sensul că ea se reduce cu partea de rezervă recunoscută soțului supraviețuitor* (s. ns.)". Așadar, rezerva soțului supraviețuitor era menită să micșoreze cotitatea disponibilă, sacrificată în schimbul drepturilor succesoriale ale celorlalți rezervatari. Așa cum reiese din stadiul legislativ de la 1944, libertatea de dispoziție se afla în plan secundar. Astfel, în prezența a cel puțin 3 descendenți a căror rezervă însuma 3/4 din moștenire, cotitatea disponibilă micșorată cu rezerva soțului supraviețuitor se limita la 1/8. Argumentarea acestei tehnici succesoriale vine în concluzia raportului menționat: "Reglementând astfel dreptul succesoral al soțului supraviețuitor și înlăturând nedreptățile corectate și la alte popoare, am făcut un act de mare dreptate și am consolidat familia, care rămâne instituția de bază a societății și a vieții noastre sociale și economice, mai ales la țară, unde trăiește marea și curata rezervă de totdeauna a neamului".

NCC acordă incontestabil o mai mare libertate de dispoziție prin acte cu titlu gratuit, libertate echivalentă unei jumătăți din bunurile succesoriale. Fără a pune în discuție suficiența întinderii cotității disponibile în NCC, remarcăm răsturnarea opticii legislative în direcția extinderii libertății testamentare.

Cu privire la condiția cerută de lege (art. 970 NCC) pentru ca soțul supraviețuitor să poată moșteni, aceea ca la data deschiderii moștenirii să nu existe o hotărâre de divorț definitivă, NCC introduce în materie de divorț din culpa exclusivă a celuilalt soț o soluție cel puțin interesantă (art. 380): dacă soțul reclamant decedează în cursul procesului, acțiunea va putea fi continuată de moștenitorii acestuia, instanța putând să admită acțiunea în cazul în care constată culpa exclusivă a soțului pârât, aflat în viață. Drept consecință, data desfacerii căsătoriei va fi socotită ca fiind cea a decesului soțului reclamant, soțul pârât nemaivând vocație succesorală de soț supraviețuitor.⁵⁹

2. Modalitate de calcul

După cum am menționat, raportul dintre rezervă și cotitate disponibilă a fost reevaluat prin textele NCC. Astfel, partea rezervată este întotdeauna jumătate din cota succesorală, care în absența liberalităților și dezmoștenirilor, s-ar fi cuvenit unui moștenitor legal. Din moment ce cotele legale sunt astfel repartizate încât să supună

devoluțiunii succesoreale întreg patrimoniul defunctului, rezerva "indisponibilizează" întotdeauna jumătate din acesta (indiferent de felul și numărul rezervatarilor), cealaltă jumătate fiind la libera dispoziție a dispunătorului. Chiar și în situația în care soțul supraviețuitor concurează cu ascendenții privilegiați și cu un colateral instituit legatar universal, apreciem că soțul supraviețuitor va avea o rezervă de jumătate din cota succesorală prevăzută în art. 972 alin. (1) lit. c) (deci 1/4), rezerva ascendenților este cea prevăzută de art. 977 alin. (2) (tot 1/4), restul de jumătate reprezentând cotitatea disponibilă pe care colateralul legatar o poate primi. Trebuie ținut cont de opțiunea efectivă a colateralilor privilegiați, deoarece influențează inevitabil cotele succesoreale legale ale soțului și ale ascendenților privilegiați. Este, în opinia noastră, singura modalitate prin care se poate valorifica sistemul unitar de calcul introdus prin NCC.

În prima parte a prezentului studiu am arătat că vechea reglementare, în lipsa unui astfel de sistem unitar, a permis elaborarea diferitelor sisteme de calcul de către doctrină, fiecare cu imperfecțiuni, inevitabile, mai ales pentru ipoteza în care exista un soț supraviețuitor în concurs cu moștenitori din una dintre cele patru clase. Fără a pune în discuție echitabilitatea sistemului de calcul a rezervei introdus prin NCC, apreciem că acesta reușește cel puțin să asigure exigențele de claritate și precizie, indispensabile pentru o aplicare practică unitară.

3. Rezervă – reducere – raport – restituiri

Am ales să tratăm și problema restituirilor anormale ocazionate de reducere și raport deoarece sunt mijloace specifice instituției rezervei succesoreale, asigurând finalitatea acesteia. Elementul temporal caracterizează inevitabil domeniul succesiunilor, iar NCC s-a conformat prin reglementarea datoriilor de valoare ca mecanism principal în evaluarea restituirilor subsecvente.

1. Reducerea liberalităților excesive

Reducerea ca sancțiune specifică încălcării rezervei succesoreale este expresia legală a caracterului de ordine publică al acesteia.⁶⁰ Pentru a putea analiza aplicarea concretă a acestui coercitiv al libertății testamentare, vom stabili în baza textelor legale modalitățile teoretice de realizare, precum și concretizarea acestora.

Astfel, sediul materiei pentru reducere îl constituie art. 1091–1099 din NCC, care trebuie coroborate cu cele specifice rezervei: art. 1086 –1090.

În materia căilor de realizare a reducăiunii NCC nu aduce noutăți, ci doar consacră legislativ constatările doctrinei și jurisprudenței.

Principiul reducăiunii în natură. Efecte

Art. 1097 alin. (2) dispune cu titlu de regulă generală: "Întregirea rezervei, ca urmare a reducăiunii, se realizează în natură", fapt ce decurge din principiul conform căruia rezerva – parte din moștenire – este datorată în natură. Reducațiunea va desființa donația sau va lipsi de eficacitate legatul doar în limita întregirii rezervei.⁶¹

O remarcă a unui autor francez ni se pare deosebit de relevantă pentru evoluția legislativă a relației rezervă – reducăiune: "rezerva, deși este definită în natură, nu este garantată decât în echivalent"⁶². În dreptul francez, reducăiunea în echivalent a fost instituită ca regulă generală prin Legea din 23 iunie 2006, cea în natură fiind doar excepția, art. 924 C. C. Fr. dispunând: "Dacă liberalitatea excede cotitatea disponibilă, gratificatul, succesibil sau non succesibil, trebuie să indemnizeze moștenitorii rezervatari până la concurența porțiunii excesive a liberalității".

Mai recent, s-a arătat că scopul rezervei este acela de a garanta o valoare.⁶³ Însăși posibilitatea de a exprima rezerva în termeni monetari ridică un semn de întrebare asupra utilității caracterului acesteia de a fi parte din moștenire și dacă asigurarea rezervei ca datorie de valoare asupra moștenirii nu ar fi o soluție suficientă.

Regula reducăiunii în natură din dreptul nostru este imperativă doar atunci când rezervatarii doresc neapărat a se prevala de ea, precum și atunci când gratificatul nu dorește sau nu poate realiza o compensare în echivalent. Nici rezervatarul, nici beneficiarul nu pot fi obligați la a primi/a face o restituire în echivalent, însă nimic nu îi împiedică să ajungă la un acord în acest sens. Regimul francez este unul mai flexibil din această perspectivă, acordând gratificatului un drept de opțiune fie pentru reducăiunea în natură, fie pentru cea în echivalent, drept care trebuie exercitat în termen de 3 luni de la data la care a fost somat de rezervatar (art. 924-1 C.C.F.). Mecanismul legislativ asigură respectarea voinței dispunătorului în cazul în care acesta a dorit ca un anumit bun să îi revină în întregime celui desemnat prin testament, fără ca ulterior să fie nevoit să asigure în natură rezerva.

Revenind la dispozițiile NCC, alin. (3), (4) și (5) ale art. 1097 stabilesc cazurile excepționale de reducăiune prin echivalent, fără a mai distinge în funcție de natura bunurilor după cum o făcea Codul Civil de la 1864⁶⁴, a cărui ideologie se baza pe faptul că imobilele erau cele mai valoroase bunuri și de unde și tradiția principiului asigurării rezervei în natură.

Astfel, o primă excepție (art. 1097 alin. (3) NCC) de la restituirea în natură a părții de rezervă lezate prin liberalități este situația în care *înainte de deschiderea moștenirii, donatarul a înstrăinat bunul ori a constituit asupra sa drepturi reale, precum și atunci când bunul a pierit dintr-o cauză imputabilă donatarului (1)*. Restituirea prin echivalent în acest caz asigură dezideratul de stabilitate a circuitului civil: donatarul se va putea elibera de obligația de restituire prin plata unei sume de bani echivalente valorii bunului atunci când a realizat acte de dispoziție cu privire la acesta, precum și atunci când pierirea bunului îi este imputabilă. Acest caz de reducere prin echivalent ilustrează foarte bine caracterul anormal al restituirilor ocazionate de reducere, caracter evident mai ales în cazul donațiilor. Întrucât acestea produc efecte încă de la data actului de liberalitate, din timpul vieții dispunătorului, la deschiderea succesiunii, bunurile obiect al donației sunt deja ieșite din patrimoniul lăsat de defunct, astfel că reducerea pe cale de excepție nu mai poate fi invocată.

Faptul că acțiunea în reducere se va realiza în modalitatea sus-menționată nu face decât să demonstreze că la momentul donației, părțile contractului nu au prefigurat obligația de restituire ce va incumba donatarului, mai ales că până la momentul decesului donatorului patrimoniul său ar putea spori semnificativ, astfel că donația făcută la un moment dat în timpul vieții nu va mai atenta la integritatea rezervei. Din această perspectivă, apreciem că trebuie analizat caracterul "anormal" al restituirilor ocazionate de reducere. Restituirile sunt anormale și datorită faptului că donațiile nu se desfășoară retroactiv de la data încheierii lor, ci doar de la data deschiderii moștenirii și numai în măsura necesară întregirii rezervei (art. 1097 alin. (1) NCC). Donatarul dobândește dreptul de proprietate încă de la data încheierii contractului, în timp ce rezerva este asigurată prin lege doar de la data deschiderii moștenirii. Aceste coordonate temporale diferite fac ca regimul restituirii impus gratificatului să nu se situeze printre expectativele sale în plan juridic, cu atât mai mult cu cât momentul la care va fi afectat de reducere se poate situa într-un viitor destul de îndepărtat.

Cazul prevăzut de alin. (4) este mai degrabă aplicarea unei reguli de imputare a unei donații scutite de raport: "*când donația supusă reducerii a fost făcută unui moștenitor rezervatar care nu este obligat la raportul donației, acesta va putea păstra în contul rezervei sale partea care depășește cota disponibilă*". Apreciem că acesta nu este un caz de reducere propriu-zis deoarece chiar fiind depășită cota disponibilă, avem alternativa imputării excedentului pe partea rezervată, astfel că beneficiarul donației va avea o rezervă ce urmează a fi completată prin luare mai puțin din celelalte bunuri.

Alin. (5) revine la reducțiunea propriu-zisă prin echivalent: *"dacă donatarul este un succesibil obligat la raport, iar partea supusă reducțiunii reprezintă mai puțin de jumătate din valoarea unui donat, donatarul rezervatar poate păstra bunul, iar reducțiunea necesară întregirii rezervei celorlalți moștenitori rezervatari se va face prin luare mai puțin sau prin echivalent bănesc."* Acest caz de reducțiune oferă o alternativă donatarului rezervatar obligat la raport: fie alege să i se desființeze donația în măsura necesară întregirii rezervei în natură, fie *poate* (s. ns) să păstreze bunul, donația rămânând în ființă, și să asigure întregirea rezervei celorlalți fie prin echivalent bănesc, fie prin luare mai puțin.

Alin. (6) al art. 1097 revine la modalitatea reducțiunii în natură și prevede cu titlu de noutate că: *"În cazul întregirii rezervei în natură, gratificatul păstrează fructele părții din bun care depășește cotitatea disponibilă, percepute până la data la care cei îndreptățiți au cerut reducțiunea"*. Codul civil de la 1864 prevedea un alt moment de la care donatarul trebuia să restituie fructele percepute (art. 854): "Donatarul va restitui fructele porțiunii ce trece peste partea disponibilă, din momentul mortii donatorului.⁶⁵" (s. ns.). Schimbarea legislativă a venit pe baza propunerilor avansate în doctrină⁶⁶ conform cărora donatarul este ținut la restituirea fructelor doar de la data la care a devenit de rea-credință, adică de la momentul cererii de reducțiune, deoarece până la avansarea acesteia el nici măcar nu putea să știe dacă donația de care a beneficiat este reductibilă. Pe bună dreptate regimul restituirii fructelor prevăzut de codul de la 1864 a fost criticat ca injust deoarece donatarul era obligat practic să capitalizeze fructele și să nu le consume o perioadă de timp de teama unei acțiuni în reducțiune.⁶⁷ Deși textul de lege din NCC, la fel ca cel din Codul Civil Francez, face referire doar la reducțiunea în natură, s-a precizat⁶⁸ că obligația de restituire a fructelor trebuie interpretată astfel: pe de-o parte ea incumbă legatarului care a perceput fructele bunului transmis prin legat sau care a beneficiat de o ocupare exclusivă asupra acestui bun, iar pe de altă parte, și gratificatului care beneficiază de o reducțiune în valoare, când va trebui să restituie, în echivalent, fructele părții reductibile, sub forma unei indemnizații.

Modalitatea de calcul. Esența: reunire fictivă și imputare

În vederea determinării limitelor impuse de rezervă cu consecința stabilirii restituirilor subsecvente, trebuie avut în vedere un factor de referință: masa succesorală.⁶⁹ Acest pas este primordial, fiind punctul de debut al tuturor operațiunilor în legătură cu succesiunea, ce urmează a fi desfășurate: masa succesorală este *"patrimoniul pe care de cujus l-ar fi lăsat dacă nu ar fi făcut donații, adică un patrimoniu reconstituit fictiv"*⁷⁰.

Art. 1091 prevede la alin. (1) aceeași modalitate de calcul ca cea din art. 849 din Codul Civil de la 1864: "Valoarea masei succesoriale, în funcție de care se determină rezerva succesorală și coticitatea disponibilă, se stabilește astfel: a) determinarea activului brut al moștenirii, prin însumarea valorii bunurilor existente în patrimoniul succesoral la data deschiderii moștenirii; b) determinarea activului net al moștenirii, prin scăderea pasivului succesoral din activul brut; c) **reunirea fictivă**, doar pentru calcul, la activul net, a donațiilor făcute de cel care lasă moștenirea". NCC modifică ordinea operațiilor de calcul prin aceea că adoptă propunerea doctrinei⁷¹ de a scădea mai întâi pasivul, iar apoi să se procedeze la reunirea fictivă a donațiilor, nefiind echitabil ca donatarul să suporte pasivul succesoral.

Această reconstituire ideală a patrimoniului defunctului este una fictivă, doar în scop contabil, valoarea donațiilor adăugându-se "doar pentru calcul". Menționăm cu această ocazie faptul că în dreptul nostru sunt supuse reunirii fictive **toate (!)** liberalitățile făcute de defunct în timpul vieții, chiar dacă la momentul lor nici măcar nu avea potențiali moștenitori cu privire la care să își pună problema respectării rezervei. Art. 1088 introduce sistemul de determinare a rezervei ca fracție de 1/2 din cota legală, după modelul art. 2303 din Codul Civil German⁷². Ceea ce NCC nu a preluat este sistemul de reunire fictivă a donațiilor prevăzut de art. 2325 alin. (3) din același cod⁷³: reunirea fictivă a donațiilor se face la valoarea acesteia din anul imediat anterior decesului, iar cu cât ne îndepărtăm de data deschiderii moștenirii, donația se va reuni la valoarea sa redusă cu o cotă de 1/10 pentru fiecare an anterior celui deschiderii moștenirii. Drept urmare, donațiile făcute cu mai mult de 10 ani înainte de decesul dispunătorului nu vor mai fi supuse reunirii fictive, și drept urmare nici reducăunii. Această modalitate de calcul relevă importanța sporită acordată libertății de a dispune cu titlu gratuit de propriile bunuri în sistemul de drept german.

Imputarea liberalităților pe această coticitate abstractă reprezintă cheia reducăunii.⁷⁴

În această accepțiune, rezerva, privită tot mai mult ca o creanță împotriva succesiunii, nu reprezintă decât un coeficient al reducăunii în echivalent. Rezerva-creanță trebuie corelată cu principiul valorismului, promovat legislativ atât în dreptul francez, cât și în dreptul român (nu cu aceeași fermitate însă) în ceea ce privește evaluarea donațiilor. Alin. (2) al art. 1091 este revelator în acest sens, constituind **modalitatea concretă** de realizare a reunirii fictive: "se ia în considerare valoarea la data deschiderii moștenirii a bunurilor donate, ținându-se însă cont de starea lor în momentul donației, din care se scade valoarea sarcinilor asumate prin contractele de donației". Obligația de restituire se concretizează astfel într-o

veritabilă datorie de valoare, stabilită la valoarea cea mai mare pe care o poate avea în cazul în care încălcarea rezervei este totală. În cazul în care liberalitatea este o donație cu sarcini, se va lua în considerare pentru calcul doar emolumentul net al gratificatului, adică valoarea rămasă după scăderea valorii sarcinilor impuse de donator.⁷⁵ În situația în care beneficiarul sarcinii este un terț, gratificat astfel în mod indirect, vor fi luate în calcul atât donația directă, cât și cea indirectă.⁷⁶

Mai departe, textul prevede: "dacă bunurile au fost înstrăinate de donatar, se ține seama de valoarea lor la data înstrăinării". Observăm că în materie de reunire fictivă a bunului înstrăinat, NCC stabilește un singur moment ca reper pentru stabilirea valorii ce urmează a fi adăugată fictiv la masa de calcul, spre deosebire de art. 1641 aferent regimului general al restituirii prestațiilor, care dispune: "în cazul pieririi totale sau înstrăinării bunului supus restituirii, debitorul obligației de restituire este ținut să plătească valoarea bunului, considerată *fie la momentul primirii sale, fie la acela al pierderii ori înstrăinării, în funcție de cea mai mică dintre aceste valori*", în cazul în care este de bună-credință (n. ns.). În cazul debitorului de rea-credință sau obligația de restituire îi este imputabilă, aceasta se va face în funcție de valoarea cea mai mare (art. 1641, teza a II-a).

În materie de reunire fictivă nu se poate pune problema bunei sau relei-credințe, așa că stabilirea reperului unic al datei înstrăinării bunului donat este justificată. Sub imperiul Codului civil de la 1864, conform art. 849 și 855⁷⁷ evaluarea bunurilor înstrăinate de către donatar anterior deschiderii moștenirii se făcea conform valorii acestora de la data deschiderii moștenirii, fără a se ține cont nici de valoarea de piață a bunului la data înstrăinării, nici de prețul încasat efectiv de către donatar, fapt ce putea genera o situație chiar păgubitoare pentru donatar, mai ales când obiectul donației l-a constituit un bun supus unor fluctuații valorice pronunțate (imobile, părți sociale sau acțiuni deținute la societăți comerciale).⁷⁸ Din această perspectivă, dispozițiile NCC se dovedesc a fi nu doar utile, ci și necesare.

În continuare, art. 1091 alin. (2) prevede: "dacă bunurile donate au fost înlocuite cu altele, se ține cont de valoarea, la data deschiderii moștenirii, a bunurilor intrate în patrimoniu și de starea lor la momentul dobândirii". La o primă abordare, acest text merge pe raționamentul de evaluare criticat anterior, acela de a stabili în mod inechitabil și inflexibil valoarea bunului la momentul deschiderii moștenirii. Coercitivul acestui text vine în fraza următoare, care denotă faptul că s-a avut în vedere o posibilă devalorizare a bunului care l-a înlocuit pe cel donat: "Totuși, dacă devalorizarea bunurilor intrate în patrimoniu era inevitabilă la data dobândirii, în virtutea naturii lor, înlocuirea bunurilor nu este luată în considerare", textul instituind aparent o scutire de la reunirea fictivă⁷⁹. Critica ce

poate fi adusă acestui text este aceea că se menționează doar situația în care valoarea bunului înlocuit s-a depreciat, nu și cea în care la momentul deschiderii succesiunii această valoare a crescut considerabil, situație care într-adevăr poate fi păgubitoare pentru donatar.

În ceea ce privește pierirea fortuită a bunului donat sau a celui care l-a înlocuit, NCC prevede că indiferent de data pieririi, donația nu se va supune reunirii fictive. Deși nu se menționează nimic cu privire la o eventuală indemnizație primită de donatar, apreciem că devin aplicabile normele generale în materie de restituire prevăzute în art. 1642 NCC: "Dacă bunul supus restituirii a pierit fortuit, debitorul obligației de restituire este liberat de această obligație, însă el trebuie să cedeze creditorului, după caz, fie indemnizația încasată pentru această pierire, fie atunci când nu a încasat-o încă, dreptul de a primi această indemnizație". Principiul luării în considerare a valorii indemnizației era promovat în doctrină sub imperiul vechiului cod, fiind justificat prin mecanismul subrogației reale cu titlu universal.⁸⁰

În sfârșit, atunci când obiectul donației îl constituie o sumă de bani, NCC introduce cu titlu de noutate legislativă soluția indexării, propusă anterior de doctrină în locul nominalismului monetar. Astfel, donația nu mai este luată în considerare la valoarea sa nominală, ci: "sumele de bani sunt supuse indexării în raport cu indicele inflației, corespunzător perioadei cuprinse între data intrării lor în patrimoniul donatarului și data deschiderii moștenirii."

Alin. (4) al art. 1091 reprezintă o variantă care suplinește lacunele⁸¹ fostului art. 845 din Codul Civil de la 1864 în ceea ce privește prezumția de donație a unor înstrăinări cu aparență de titlu oneros. Astfel, NCC recunoaște dreptul de a se prevala de această prezumție tuturor rezervatarilor (descendenți, ascendenți privilegiați și soț supraviețuitor) care nu au consimțit la înstrăinarea cu titlu oneros cu rezerva uzufructului, uzului, abitației, întreținerii pe viață sau rentei viagere. Această normă constituie o modalitate de probă a unei donații deghizate, facilitând probațiunea acestora în favoarea moștenitorilor rezervatari. Dacă prezumția operează, valoarea donației deghizate va fi reunită fictiv la masa succesorală. Cei care și-au dat consimțământul renunță practic anticipat la dreptul de a cere reducțiunea acelei liberalități, fapt ce constituie o excepție legală implicită de la interdicția pactelor asupra unei succesiuni nedeschise.

Alin. (3) al art. 1091 enumeră acele donații care nu vor fi luate în considerare la stabilirea masei succesorale, categorie reluată ulterior în art. 1150 alin. (1) lit. c) privind excepțiile de la obligația de raport. Nu vor fi supuse raportului și nici reducțiunii, deoarece nu se va ține seama în stabilirea rezervei de: "darurile obișnuite, donațiile remuneratorii și, în măsura în care nu sunt excesive, nici de

sumele cheltuite pentru întreținerea sau, dacă este cazul, pentru formarea profesională a descendenților, a părinților sau a soțului și nici de cheltuielile de nuntă".

Odată luate în considerare (imputate) toate liberalitățile făcute de defunct în timpul vieții, se obține masa succesorală în funcție de care urmează a se stabili partea rezervată, respectiv coticitatea disponibilă (art. 1091 alin. (5) NCC).

Având în vedere dispozițiile art. 1088, rezerva succesorală va fi întotdeauna de jumătate (1/2) din cota de moștenire legală, de unde deducem că și coticitatea disponibilă va fi întotdeauna de jumătate din masa succesorală⁸², atunci când există moștenitori rezervatari acceptanți, bineînțeles. Doar în măsura în care se va încălca coticitatea disponibilă se pune problema reducăunii în modurile sus-arătate, fapt ce va putea fi stabilit doar după reunirea fictivă și imputarea donațiilor.

În ceea ce privește ordinea reducăunii prevăzută în art. 1096, NCC păstrează dispozițiile existente și în Codul Civil de la 1864, însă prin alin. (5) consacră legislativ un aspect criticat în doctrină⁸³: "dacă beneficiarul donației care ar trebui redusă este insolubil, se va proceda la reducăunea donației anterioare". Astfel donatarul anterior va suporta insolabilitatea donatarului subsecvent în favoarea reîntregirii rezervei succesorale. Încă o dată, vorbim despre un caz de restituire anormală în materie de moștenire.

II. Raportul donațiilor

Art. 1146 definește noțiunea de raport al donațiilor: "obligația pe care o au între ei soțul supraviețuitor și descendenții defunctului care vin *efectiv și împreună* (s. ns.) la moștenirea legală de a readuce la moștenire bunurile care le-au fost donate fără scutire de raport de către cel care lasă moștenirea." Alin. (2) întărește condiția că moștenitorii obligați la raport să moștenească efectiv și împreună, dispunând că obligația de raport subzistă doar în cazul în care la momentul donației gratificatul ar fi avut vocație concretă de a succede, sub rezerva unei stipulații contrare din partea dispunătorului.

NCC modifică normele privind raportul, existente în Codul Civil de la 1864, care prevedea obligația de raport indiferent de vocația concretă de a moșteni (art. 753) la data donației. În ambianța vechii reglementări, întrunirea calităților de donatar și moștenitor se apreciau la data deschiderii succesiunii, și nu la data donației.⁸⁴ În cazul în care un bunic face o donație nepotului său la un moment la care și tatăl donatarului se afla în viață, nepotul neavând vocație concretă de a-l moșteni pe bunic la acest moment. Dacă însă, tatăl donatarului precedează bunicului, nepotul va avea obligație de raport la succesiunea acestuia din urmă,

când moștenește prin reprezentare. Deși vocația sa succesorală concretă a luat naștere ulterior contractului de donație, el va fi obligat la raport, cu toate că la momentul la care a fost gratificat donatorul nu putea urmări să îi facă doar un avans din moștenire. Mai mult, s-a arătat că obligarea la raport a donatarului care nu avea vocație concretă la data donației ar constitui o penalizare a acestuia datorată elementului aleatoriu intervenit în cronologia deceselor.⁸⁵ Din aceste considerente, modificările introduse prin NCC sunt binevenite.

De asemenea, apreciem ca oportună posibilitatea ca prin stipulație expresă a donatorului, renunțătorul să poată fi obligat la raportul donației, prevăzută în art. 1147 alin. (2). Principiul rămâne același stabilit și prin fostul articol 752, renunțătorul putând păstra liberalitatea primită în limitele cotității disponibile, nemaifiind vorba de restabilirea egalității între moștenitori, ci eventual de reducere. Astfel se exclude posibilitatea ca donatarul, prin renunțarea la moștenire, să păstreze donația în limitele cotității disponibile, dobândind o valoare superioară cotei sale de moștenire legală. Obligația de raport a renunțătorului nu este totală, ci este limitată la "valoarea bunului donat care depășește partea din bunurile defunctului la care ar fi avut dreptul ca moștenitor legal." Renunțătorul obligat la raport prin stipulare expresă în contractul de donație va fi avut în vedere la stabilirea rezervei după cum dispune art. 1091 alin. (5).⁸⁶

Principiul raportului în echivalent

Consacrarea legală a principiului raportului în echivalent marchează o detașare netă de la concepția Codului Civil de la 1864 atașată soluției restituirilor în natură, și în mod subsidiar în echivalent.⁸⁷

Preferința legală pentru raportul în echivalent este cu atât mai evidentă cu cât art. 1151 sancționează cu considerarea ca nescrisă orice dispoziție care impune donatarului raportul în natură. Soluția este logică, deoarece prin impunerea unei astfel de forme de raport nu s-ar mai putea valorifica însăși scopul gratificării unui succesibil cu o donație raportabilă: acela de a-i acorda preferință la preluarea obiectului la partaj. Normele privind raportul donațiilor erau supletive și sub imperiul codului civil român abrogat, însă în lipsa unei stipulații exprese din partea donatorului, raportul se facea, ca regulă, în natură. NCC ridică raportul în echivalent la rang de principiu, investindu-l cu o forță juridică superioară prin faptul că efectuarea acestuia în natură nu poate fi impusă donatarului⁸⁸. Aceasta *poate* (*s. ns.*) totuși să readucă bunul în materialitatea sa la masa de împărțit atunci când la data cererii de raport este încă proprietarul bunului și nu l-a grevat cu o sarcină reală și nici nu l-a dat în locațiune pentru o perioadă mai mare de 3 ani (art. 1151 alin. (2) NCC). Așadar,

raportul în natură nu îi poate fi impus, ci doar ales de către donatar. Acestea sunt singurele prevederi din materia raportului în natură, fapt ce denotă o schimbare de optică, "un echilibru în valoare al partajului putând să fie la fel de satisfăcător pentru comoștenitori ca o riguroasă egalitate în natură."⁸⁹

Efectuarea raportului, în concret

Alin. (3) al art. 1151 enumeră cele trei modalități de realizare a raportului în echivalent: prin preluare, prin imputație sau în bani (raportul propriu-zis în valoare), textul redând fidel explicațiile în materie ale prof. Fr. Deak⁹⁰. Sub imperiul Codului civil de la 1864 s-a arătat că raportul prin echivalent tipic este cel prin luare mai puțin (preluare sau imputație), cel prin echivalent valoric efectiv având o importanță marginală⁹¹, cu atât mai mult cu cât pentru imobile regula (deși supletivă) era cea a raportului în natură. Apreciem că în ambianța textelor NCC perspectiva este diferită, nemaexistând diferențierea între bunuri mobile și imobile. Raportul prin preluare nu va fi posibil atunci când în masa succesorală nu se găsesc bunuri de aceeași natură și calitate, după cum nici raportul prin imputare nu va fi posibil (cel puțin nu complet) în cazul în care valoarea bunului donat depășește cota succesorală a gratificatului. În acest din urmă caz, raportul în bani este singura posibilitate pentru restabilirea egalității între comoștenitori. De aceea, considerăm că aplicabilitatea practică a raportului în bani va spori semnificativ.

Această modalitate de raport reprezintă, în opinia noastră, cea mai energetică expresie a existenței datoriei de valoare în plan succesoral. "Datoria de valoare, în sens strict, vizează acele situații juridice în care valoarea este anterioară expresiei sale monetare."⁹² Preexistența valorii în cazul obligației de raport este declanșată prin însăși actul de liberalitate ca avans asupra părții succesorale. Obligația de restituire specifică raportului concretizează însăși voința prezumată a dispunătorului: aceea de a păstra egalitatea între moștenitorii săi. Din moment ce echilibrul a fost afectat cu mult înainte de a se pune problema acestuia, existența elementului temporar⁹³ între momentul nașterii obligației de raport – încă din momentul donației (art. 1146 alin. (2) – și cel al executării acesteia – în cadrul partajului (art. 1152)⁹⁴ – mecanismul specific datoriei de valoare este indispensabil. Acest fapt este dovedit de art. 1153 privind evaluarea bunului în cazul raportului prin echivalent.

Valoarea va dobândi expresie monetară concretă variabilă, în funcție de momentul în care intervine evaluarea ei⁹⁵: valoarea bunului donat la momentul judecății (art. 1153 alin. (1) NCC), la data înstrăinării (art. 1153 alin. (2) NCC), valoarea, la data raportului, a bunului intrat în patrimoniu (art. 1153 alin. (2) NCC).⁹⁶

S-a arătat că⁹⁷, atunci când raportul donațiilor se face prin echivalent valoric efectiv (în bani), raportul donațiilor se poate prelungi printr-un raport al datorilor, donatarul-coindivizar ținut la raport prin obligarea sa la plata în bani a echivalentului bunului primit de el de la donator devenind practic debitor al succesiunii de la data deschiderii acesteia, fiind ținut în această calitate la raportul datoriei menționate față de ceilalți coindivizari. Caracterul anormal al restituirii ocazionate de raport este relevat în acest caz de faptul că obligația de restituire va viza indiviziunea succesorală, și va profita concomitent celor întrepășiți să îl ceară. Donatarul este debitor al "restituirii bunului către coproprietari"⁹⁸, calitate care apreciem că nu este incompatibilă⁹⁹ cu cea de coproprietar deoarece raportul nu este datorat ca urmare a acestei calități, ci ca urmare a gratificării donatarului care a produs "dezechilibrarea" indiviziunii, drept urmare obligația de restituire reprezintă modalitatea de echivalare concretă.

Art. 1154 reia dispozițiile valoriste din materie de accesione imobiliară artificială (art. 581-585 NCC), instituind în alin. (3) un veritabil drept de retenție asupra bunului, drept limitat doar prin compensarea creanței donatarului împotriva succesiunii cu despăgubirile eventuale pe care le datorează.

III. Restituirile anormale ocazionate de raport și reducere => reîntregirea rezervei succesorale și asigurarea egalității la partaj

Liberalitățile consimțite de către *de cuius* sunt, după cum am văzut pe parcursul acestui studiu, supuse celor două cauze principale de restituire: reducerea și raportul. Textele introduse prin dispozițiile NCC în materie, deși pe alocuri nu fac decât să transpună legislativ constatările și propunerile doctrinare, asigură terenul propice pentru manifestarea datorilor de valoare. În materie de reducere, Noul Cod rămâne ancorat în tradiția efectuării acesteia în natură, soluția fiind una precaută și inspirată atât timp cât și rezerva, privită ca *pars hereditatis*, trebuie asigurată în aceeași manieră. Caracterul supletiv al dispozițiilor privind domeniul raportului donațiilor (regulile reducerii fiind imperative) a permis legiuitorului român o apropiere de principiul valorismului și de regimul restituirilor după modelul francez, care acordă o mai mare importanță legislativă situațiilor de detaliu (de exemplu, raportul unei sume de bani care a servit la achiziționarea unu bun). Ideea de valoare în materie succesorală se manifestă în concret datorită intervalului temporal dintre momentul actului de liberalitate și cel al partajului, când se va realiza reducerea efectivă în scopul întregirii rezervei, respectiv raportul, în scopul restabilirii egalității între moștenitori. Dacă pentru un succesibil obligat la raport, iminența unei restituiri este cel puțin previzibilă, în ceea ce îl privește pe beneficiarul unei donații făcute de dispunător în timpul vieții (beneficiarul fiind terț în raport cu succesiunea deschisă ulterior) restituirea ocazionată

de o eventuală reducere nu poate să apară decât ca una anormală. Mai mult caracterul anormal al restituirilor în domeniul succesoral este dat de imperativul irevocabilității donațiilor consimțite de donatar în timpul vieții.

Finalitatea mecanismului datoriilor de valoare în ceea ce privește reducerea și raportul este aceea de a stabili un just echilibru **față de și între** cei îndreptățiți să se prevaleze de acestea: partea rezervată prin lege este reîntregită, iar la momentul partajului, este asigurată egalitatea determinată de cotele legale și egalitatea prezumată a sentimentelor de afecțiune ale defunctului față de toți cei obligați la raport.

VIII. Concluzii

Am început prezentarea instituției rezervei succesorală prin ideea ca aceasta ar fi un compromis juridic între devoluțiunea legală și cea testamentară. O succesiune este un element intim legat de viață privată individuală, orice ingerință legislativă în acest domeniu trebuind să se limiteze la strictul necesar asigurării unor imperative de ordine publică sau de suplinire a lacunelor voinței testamentare. Deși există o tendință de negare a menținerii rezervei succesorală în scopul asigurării unei libertăți absolute de a dispune de propriile bunuri, considerăm că necesitatea acesteia persistă și în dreptul contemporan, nu doar ca apanaj al tradiției, ci și prin fundamentele sale, mai ales prin acela al afecțiunii prezumate și cel al existenței unei necesități patrimoniale din partea beneficiarului rezervei.

Odată stabilită utilitatea instituției, am analizat și modalitățile specifice prin care aceasta poate fi valorificată, raport și reducerea, cu consecința restituirilor anormale subsecvente și a datoriilor de valoare pe care le generează. Principiul valorismului consacrat în forma restituirilor în echivalent prevalează nu de puține ori în raport cu asigurarea rezervei în natură, fapt ce ridică un semn de întrebare cu privire la caracterul de parte "efectivă" din moștenire al rezervei. Până la urmă necesitatea rezervei privește existența acesteia, nu neapărat forma în care va fi asigurată.

Rezerva succesorală își pierde din caracterul controversat în ambianța textelor NCC, beneficiul fiind cel al introducerii unui sistem unitar, coerent și previzibil. Rezerva marchează acum un raport de egalitate între voința prezumată și cea exprimată a dispunătorului, rămânând de văzut în practică dacă pe viitor se va impune o reevaluare.

* Masterand, Facultatea de Drept UBB Cluj-Napoca ; varjan.iuliana@gmail.com.

- ¹ M. Grimaldi – *Droit civil. Successions.*, 6^e édition, ed. Litec, Paris, 2001, p. 36-37.
- ² D. Chirică – *Drept civil. Succesuni și testamente.*, ed. Rosetti, București, 2003, p. 304 *apud* H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette – *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, p. 617.
- ³ Art. 841-843 Cod. civ. 1864.
- ⁴ Fr. Deak – *Stabilirea drepturilor succesoriale ale ascendenților privilegiați și colateralilor privilegiați în concurs cu soțul supraviețuitor (II)* în R.R.D. nr. 4/1989, p. 30.
- ⁵ M. Eliescu – *Curs de succesiuni*, ed. îngrijită de Cristiana Mihaela Căciunescu, cu schiță bibliografică despre autor de Doru Cosma, ed. Humanitas, București, 1997, p. 134.
- ⁶ V. Hanga, M. D. Bob – *Curs de drept privat roman*. Ediția a III-a revizuită și adăugită, Ed. Universul juridic, București, 2009, p. 223.
- ⁷ Art. 650: "Succesiunea se deferă sau prin lege, sau după voința omului, prin testament."
- ⁸ M. Grimaldi – *op. cit.*, p. 37.
- ⁹ Ca efect, nu neapărat ca întindere.
- ¹⁰ B. Ionesco – *Anomalies juridiques. La réserve des frères et sœurs. Les droits successoraux des conjoints*, Ed. Luceafărul, București, 1920, p. 8.
- ¹¹ M.D. Bob – *Propter veteris iuris imitationem: nou și vechi în materie succesorală în noul cod civil (II)* în SUBB nr. 4/2011, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=476>.
- ¹² Exemplu: reunirea fictivă a liberalităților făcute de defunct începând cu ultimii 3 ani anteriori decesului atunci când creditorii obligației alimentare sunt descendenții sau soțul supraviețuitor. (art. 687 C.C.Q); când activul succesiunii nu este suficient, se va putea realiza reducțiunea liberalităților excesive (art. 689 C.C.Q).
- ¹³ Introdus în 1989 în Québec.
- ¹⁴ În dreptul francez și în dreptul român.
- ¹⁵ F. Terré, Y. Lequette – *op. cit.*, p. 498.
- ¹⁶ D. Chirică – *op. cit.*, p. 305.
- ¹⁷ Fr. Deak – *Tratat de drept succesoral*, ediția a II-a actualizată și completată, Ed. Universul juridic, București, 2002, p. 306; D. Chirică – *op.cit.*, p. 306.
- ¹⁸ M. D. Bob – *Probleme de moșteniri în vechiul și noul Cod civil.*, Ed. Universul juridic, București, 2012, p. 86.
- ¹⁹ F. C. Roșioru – *Datoriile de valoare*, teză de doctorat, Cluj-Napoca, 2011, rezumat disponibil la adresa http://doctorat.ubbcluj.ro/sustinerea_publica/rezumat/2011/drept/rosioru_felicia_catalina_ro.pdf.
- ²⁰ Cass. civ. 18 févr. 1818.
- ²¹ După cum prevăd art. 913 Cod Civil francez, respectiv art. 841 din Codul Civil român.
- ²² D. Chirică – *op. cit.*, p. 311; Fr. Deak – *op. cit.*, p. 310; R. Popescu – *Dreptul de moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Ed. Universul juridic, București, 2004, p. 124-126.
- ²³ Fr. Deak – *op. cit.*, p. 313.
- ²⁴ Astfel cum a fost modificat prin legea 134/1947.
- ²⁵ M. Eliescu – *op. cit.*, p. 150-151.
- ²⁶ I. Popa – *Rezerva succesorală*, în RRDP nr. 5/2008, p. 116.
- ²⁷ Fr. Deak – *Stabilirea*, p. 34.
- ²⁸ Art. 1088 NCC: "Rezerva succesorală a fiecărui moștenitor rezervatar este de jumătate din cota succesorală care, în absența liberalităților sau dezmoștenirilor, i s-ar fi convenit ca moștenitor legal."

- ²⁹ Art. 2 L. 319/1944: "Liberalitățile facute de soțul precedat nu vor putea trece de jumătate din drepturile prevăzute la art. 1 în favoarea soțului supraviețuitor."
- ³⁰ *De lege ferenda*, s-a preconizat mărirea cotelor legale ale soțului supraviețuitor față de cele prevăzute de Legea 319/1944, tendință prezentă în dreptul comparat. (Fr. Deak – *Tratat*, p. 117-118, nota 1).
- ³¹ M. D. Bob – *Propter veteris*.
- ³² M. D. Bocșan – *Notă* la decizia civilă nr. 2097/2000 a Tribunalului Constanța, în P.R. nr. 1/2002, p. 156.
- ³³ F. Terré, Y. Lequette – *op. cit.*, p. 152-153.
- ³⁴ Art. 2 din Legea 319/1944: "Liberalitățile făcute de soțul precedat nu vor putea trece peste jumătate din drepturile prevăzute la art. 1, în favoarea soțului supraviețuitor."
- ³⁵ R. Popescu – *op. cit.*, p. 141.
- ³⁶ *idem*, p. 150; Fr. Deak – *op. cit.*, p. 319; M. Eliescu – *op. cit.*, p. 154;
- ³⁷ D. Chirică – *op. cit.*, p. 308.
- ³⁸ *infra*, p. 23.
- ³⁹ M. Eliescu – *op. cit.*, p.154.
- ⁴⁰ D. Bere – *op. cit.*
- ⁴¹ M. D. Bocșan – *op. cit.*, p. 157.
- ⁴² C. A. Pitești, Secția civilă, pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale și pentru cauze cu minori și de familie, decizi civilă nr. 1907/2009.
- ⁴³ E. C. Albușescu – *Discuții referitoare la cota succesorală a soțului supraviețuitor în unele situații speciale* în "Dreptul" nr. 3/2007 *apud* Fr. Deak. – *op. cit.*, p. 318.
- ⁴⁴ I. Popa – *Rezerva*, p. 121.
- ⁴⁵ Fr. Deak – *op. cit.*, p. 319.
- ⁴⁶ I. Popa – *op. cit.*, p. 122.
- ⁴⁷ D. Chirică – *op. cit.*, p. 318.
- ⁴⁸ *idem*.
- ⁴⁹ I. Popa – *idem*.
- ⁵⁰ Art. 1102 alin. (2) NCC: "Legatarul chemat la moștenire și ca moștenitor legal își va putea exercita opțiunea în oricare din aceste calități."
- ⁵¹ D. Chirică – *op. cit.*, p. 318.
- ⁵² Fr. Deak – *op. cit.*, p. 375-376.
- ⁵³ *supra*, p. 15, nota 40.
- ⁵⁴ M. D. Bob – *op. cit.*, p. 86.
- ⁵⁵ Ascendenții privilegiați au putut beneficia de rezervă la un moment anterior în calitate lor de descendenți venind la succesiunea ascendenților ordinari.
- ⁵⁶ Art. 955 alin. (1) NCC.
- ⁵⁷ M. Grimaldi – *op. cit.*, p. 284.
- ⁵⁸ în "Notariatul Public" nr 5-6/1944, p. 76.
- ⁵⁹ E. Florian – *Dreptul familiei. cu referiri la Noul Cod Civil.*, București, C.H. Beck, 2010, p. 229.
- ⁶⁰ D. Chirică – *op. cit.*, p. 344.
- ⁶¹ M. M. Oprescu – *Contractul de donație*, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 360.
- ⁶² B. Vareille – *Réflexions sur l'imputation en droit des successions* în RTD Civ. nr. 1/2009, p. 5.
- ⁶³ M. Grimaldi – *op. cit.*, p. 336.
- ⁶⁴ Art. 770: "Când un succesibil primește, cu dispensă de raport, un dar care excede porțiunea disponibilă, raportul excedentului se face în natură, dacă întoarcerea excedentului este posibilă."

În caz contrar, dacă excedentul trece peste jumătatea valorii imobilului, donatarul raporta imobilul în întregimea lui și preleva asupra masei valoarea porțiunii disponibile; dacă această porțiune trece peste jumătatea valorii imobilului, donatarul poate ține imobilul în întregimea lui, ia însă mai puțin din celelalte bunuri ale succesiunii, și recompensează pe coerezii săi, sau în bani, sau oricum altfel."

Art. 851: "Când donațiunea între vii, supusă la reducere, s-a făcut la unul din cei cu drept de moștenire, acesta va putea scădea partea cu care ar trebui să se reducă donațiunea, din partea ce i s-ar cuveni ca erede în bunurile nedisponibile, dacă aceste bunuri sunt de aceeași natură cu cele daruite."

⁶⁵ Art. 928 din Codul Civil Francez prevede un regim sensibil diferit în privința obligației de restituire a fructelor atunci când reducțiunea se face în natură, donatarul restituie fructele care exced cotitatea disponibilă începând cu ziua decesului donatorului, dacă cererea de reducere este făcută în acel an; în celelalte cazuri, din ziua cererii." Legislația franceză face referire doar la donatar (deoarece, de regulă, legatarul nu are posesia bunului înainte de decesul dispunătorului), spre deosebire de NCC care utilizează termenul de "gratificat" care înglobează atât calitatea de donatar, cât și cea de legatar. O speță în care se pune problema de a ști dacă o indemnizație de ocupație poate fi pusă în sarcina legatarului la cererea rezervatarilor, ca efect al unei reduceri parțiale a legatului purtând asupra imobilului în care legatarul locuia deja, a atras atenția Curții de Casație Franceze (Cass. Civ. 1^{re} 5 mars 2008), care distinge între cele două modalități de reducere: în cazul celei în natură, este datorată o indemnizație de ocupație deoarece bunul se găsește în indiviziune între legatar și rezervatari; în cazul reducerii în echivalent, nu se datorează o astfel de indemnizație din moment ce nu există indiviziune între cei meționați, bunul intrând în proprietatea exclusivă a legatarului de la data deschiderii succesiunii. Distincția suportă însă o oarecare relativizare.

⁶⁶ Fr. Deak – *op. cit.*, p. 350.

⁶⁷ M. M. Oprescu – *op. cit.*, p. 363.

⁶⁸ M. Grimaldi – *Notă* la deciziile Cass. Civ. din 5 martie și 24 septembrie 2008 în RTD. Civ. oct.-dec. nr. 4/2008, p. 709-711. Autorul arată că în cazul gratificatului care va suporta o reducere în valoare, obligația de restituire a fructelor aferente porțiunii reductibile și cea de plată a dobânzilor aferente indemnizației de reducere sunt obligații succesive: legatarul nu mai datorează fructele din momentul în care indemnizația de reducere este exigibilă (de regulă, din momentul partajului, moment de la care încep să curgă dobânzile).

⁶⁹ Este noțiunea utilizată de NCC în art. 1091 alin. (1). Întrucât lit. c) privește reunirea fictivă a donațiilor, noțiunea de masă succesorală nu se va limita în accepțiunea NCC doar la bunurile lăsate de defunct, ci este echivalentul noțiunii de "masă de cacul" utilizată în doctrină, sub imperiul Codului civil de la 1864 (D. Chirică – *op. cit.*, p. 325)

⁷⁰ D. Chirică – *idem*.

⁷¹ D. Chirică – *ibidem*, p. 327.

⁷² În sistemul german, rezerva reprezintă doar un drept de creanță contra succesiunii.

⁷³ Art. 2325 alin. (3) BGB: "The gift is fully taken into account within the first year prior to the devolution of the inheritance, and is taken into account by one-tenth less within each further year prior to the devolution of the inheritance. If ten years have passed since the donated object was given, the gift is not taken into account. If the gift was made to the spouse, the period does not commence until the dissolution of the marriage." disponibil la http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#BGBengl_000P2303.

⁷⁴ B. Varelle – *op. cit.*, p. 4.

⁷⁵ R. Popescu – *op. cit.*, p. 237.

⁷⁶ *idem*.

- ⁷⁷ "Donatarul este obligat, dacă a alienat bunurile dăruite, să facă în urmă raportul excedentului peste partea disponibilă, după valoarea lucrurilor în timpul morții disponentului."
- ⁷⁸ *ibidem*. Este cazul celebrei afaceri "La Benedictine" (Cass. civ., 30 iunie 1910).
- ⁷⁹ Pe de altă parte, ne punem întrebarea de a ști dacă, în lipsa unei dispoziții explicite, faptul că înlocuirea nu mai este luată în considerare echivalează cu o scutire de la reunirea fictivă, sau lasă doar loc reunirii fictive a unui bun identic sau similar celui donat evaluat la data deschiderii moștenirii conform stării bunului donat la momentul gratificării? Cea de-a doua variantă pare totuși a fi cea adecvată.
- ⁸⁰ D. Chirică – *op. cit.*, p. 337 *apud* M. Grimaldi – *Droit civil. Les successions, 3-e édition ed. Litec, Paris, 1995*, p. 677, nr. 731.
- ⁸¹ Pentru detalii, *idem*, p. 331.
- ⁸² M. D. Bob – *Propter veteris*.
- ⁸³ D. Chirică – *op. cit.*, p. 358.
- ⁸⁴ M. M. Oprescu – *op. cit.*, p. 317.
- ⁸⁵ *idem*.
- ⁸⁶ Art. 845 din Codul Civil Francez, prevede că în acest caz raportul se face prin echivalent.
- ⁸⁷ Art. 764 dispunea: "Raportul se face sau în natură, sau scăzându-se valoarea sa din partea celui obligat a face raport."
- ⁸⁸ În dreptul francez, raportul în natură poate fi impus prin contractul de donație. (art. 858 alin. (2) Cod Civil Francez).
- ⁸⁹ M. M. Oprescu – *op. cit.*, p. 385.
- ⁹⁰ Fr. Deak – *op. cit.*, p. 367.
- ⁹¹ D. Chirică – *op. cit.*, p. 503. Aceasta pare să fie și percepția legiuitorului francez, într-o anumită măsură: art. 858 dispune că raportul se face prin luare mai puțin, cu excepția cazului renunțătorului obligat la raport, care îl va realiza în valoare (în bani).
- ⁹² F. Roșioru – *Ipostaze ale datoriilor de valoare* în "Dreptul" nr. 6/2006, p. 115.
- ⁹³ F. Roșioru – *Datoriile de valoare, principiu reformator al obligațiilor pecuniare* în "Dreptul" nr. 4/2006, p. 158.
- ⁹⁴ NCC nu pune în discuție natura juridică și caracterul prescriptibil sau nu al raportului (al acțiunii în raport), ci consacră implicit soluția propusă de D. Alexandresco: "Acțiunea în raport ține atâta timp cât ține și acțiunea în împărțeală, care este imprescriptibilă. Raportul fiind, în adevăr, o operație a împărțelei, nu poate să se prescrie în mod separat." (*Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul III, partea a 2-a, Atelierele Grafice Socec, București, 1912, p. 536)
- ⁹⁵ *idem*, p. 157.
- ⁹⁶ Curtea de Casație Franceză a statuat cu privire la caracterul mobilier al obligației de raport în valoare, subliniind faptul ca este vorba despre o datorie de valoare (Cass. Civ. 1^{te} 18 mai 2005 cu notă de M. Grimaldi în RTD. Civ. oct.-dec. nr. 4/2005, p. 813-816. De asemenea, principiul în dreptul francez este acela că datoriile de valoare sunt producătoare de dobânzi doar din momentul lichidării lor.
- ⁹⁷ D. Chirică – *op. cit.*, p. 511 *apud* M. Grimaldi – *op. cit.*, p. 813.
- ⁹⁸ Fr. Deak – *op. cit.*, p. 367.
- ⁹⁹ În sens contrar, D. Chirică – *op. cit.*, p. 507.