

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3 / 2013
Iulie – Septembrie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Dan CHIRICĂ

asist. Cosmin COSTAȘ

prof.dr. Mircea Ștefan MINEA

prof.dr. Paul VASILESCU

REFERENȚI:

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

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

Liviu POP - profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal

Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Florina Poenar, ETERNIZAREA VOINȚEI LUI <i>DE CUIUS</i> PRIN INTERMEDIUL SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE	5
» Studii: Philip Thomas, <i>MIETMAULE</i> OR ‘THINKING LIKE A LAWYER’	67
» Articole: Alexandru Cucu, RĂSPUNDEREA STATULUI PENTRU ACTELE ORGANELOR DE STAT ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL.....	84
» Articole: Cristina Cucu, REFUZUL DE A TRATA CU ANUMIȚI FURNIZORI SAU BENEFICIARI – MODALITATE A ABUZULUI DE POZIȚIE DOMINANTĂ ÎN ACTIVITATEA ÎNTREPRINDERILOR	112
» Articole: Șerban Diaconescu, UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA SANȚIUNEA NULITĂȚII ȘI LA NOȚIUNEA DE CLAUZĂ NESCRISĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL.....	126
» Articole: Emese Florian, CONSIDERAȚII REFERITOARE LA STABILIREA LOCUINȚEI COPILULUI	144
» Articole: Anca Mihai, CULPA – COMUTATOR AL SARCINII RISCURILOR.....	165
» Articole: Alina Tanțău, CONSIDERAȚII PRIVIND DIVORȚUL CONSENSUAL PE CALE NOTARIALĂ.....	189

STUDII

ETERNIZAREA VOINȚEI LUI DE CUIUS PRIN INTERMEDIUL SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE

Florina POENAR*

Résumé: Eternisation de la volonté du de cuius par substitution fidéicommissaire.

Les substitutions fidéicommissaires trouvent leur origine dans le droit romain où elles étaient une modalité d'organiser la transmission du patrimoine du disposant selon sa volonté. C'était le pater familias qui avait le pouvoir de décider ce qui va se passer avec ses biens après sa mort en choisissant la manière dont ils seront utilisés et aussi leur destination. Ces substitutions fidéicommissaires ont été largement répandues en Europe durant l'époque féodale ayant comme principal objectif la conservation des biens au sein de la même famille. Pourtant, le législateur du Code Civil roumain de 1846 a pris une position complètement opposée en les interdisant.

Si le droit romain donne une grande importance à la volonté individuelle, une fois le Code Civil de 1846 adopté, la balance s'incline vers la protection de l'intérêt général. Mais, le nouveau Code Civil a essayé la conciliation de ces deux approches contraires en garantissant ainsi un équilibre entre le besoin de respecter la volonté du de cuius et la protection de l'intérêt général.

C'est ainsi que le nouveau Code Civil maintient le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, mais il valide la substitution fidéicommissaire simple, unique et limitée dans le temps. C'est-à-dire, celle-ci par laquelle le disposant dénomme un seul substitué (gratifié) sans avoir la possibilité de lui imposer l'obligation d'administrer et de transmettre les biens reçus, lors de son décès, à un second substitué (gratifié) désigné par le disposant.

Les nouvelles dispositions du Code font prévaloir la volonté du de cuius aux normes juridiques. Elles donnent ainsi une liberté plus grande à celui qui testera sans "éterniser" toutefois la volonté du de cuius. En effet, il n'y a que les substitutions fidéicommissaires simples qui sont permises pendant que celles graduelles et perpétuelles sont prohibées.

Mots clés : *successions ; substitution fidéicommissaires ; substitution vulgaire ; code civil*

Cuvinte cheie: *succesiuni; substituții fideicomisare; substituții vulgare; cod civil*

INTRODUCERE

Dreptul de proprietate privată este în prezent garantat de Constituție și este considerat un drept fundamental al omului, apărat prin tratate internaționale ratificate și de România, dintre care locul cel mai important este ocupat de Convenția europeană a drepturilor omului și art. 1 din primul Protocol adițional.

Dreptul de proprietate este un drept absolut, în virtutea căruia, titularul are libertatea oricărei acțiuni sau inacțiuni în legătură cu dreptul său. Pe de altă parte dreptul de proprietate privată are un caracter perpetuu, ceea ce înseamnă că el dăinuie atâta vreme cât există bunul asupra căruia poartă¹. Unul din cele trei atribute ale dreptului de proprietate este dispoziția. Din punct de vedere juridic, dispoziția asupra unui bun proprietate privată poate să îmbrace forma unui act între vii sau pentru cauză de moarte. "Așadar, odată intrat în patrimoniul unei persoane, dreptul se supune dispozițiilor titularului atât pentru perioada în care acesta se află în viață, cât și după moarte"².

Absolut, exclusiv și perpetuu, dreptul de proprietate nu este nelimitat. El se exercită în limitele stabilite de lege. Limitări ale dreptului de proprietate întâlnim și în materia dreptului de moștenire în acele ipoteze în care legiuitorul a considerat că există interese superioare care impun o restrângere a atributelor dreptului de proprietate³. Una din limitele dreptului de dispoziție privitor la bunurile moștenirii o reprezintă substituțiile fideicomisare, care constituie obiect de studiu al prezentei lucrări.

Am ales această temă deoarece am fost impresionată de schimbarea majoră adusă de dispozițiile Noul Cod Civil în materia substituțiilor fideicomisare. Spre deosebire de Codul civil de la 1864, care sancționa cu nulitatea absolută și integrală orice dispoziție care conținea o substituție fideicomisară, actuala reglementare recunoaște, în anumite condiții, valabilitatea substituțiilor fideicomisare. Astfel, s-a afirmat în doctrină că dispozițiile din noua reglementare constituie „una din cele mai îndrăznețe încercări normative de a sfida legile naturii, acordând voinței autoritate și dincolo de pragul morții”⁴.

Am considerat utilă și oportună o analiză a substituțiilor fideicomisare atât în conformitate cu vechea reglementare, cât și în conformitate cu dispozițiile noului Cod Civil.

Analiza este structurată în 6 secțiuni.

În cadrul primei, am realizat un scurt istoric al substituțiilor fideicomisare, pentru a vedea evoluția instituției și pentru a găsi premisele care l-au determinat pe legiuitorul român de la 1864 să interzică categoric substituțiile fideicomisare. Pentru a înțelege mai bine importanța juridică pe care a avut-o de-a lungul timpului

substituția fideicomisară, am avut în vedere noțiunea de *fideicomis*, noțiune ce ar putea fi considerată celula primară în cadrul dezvoltării ulterioare a instituției pe care o analizăm.

În cea de-a doua am realizat o analiză juridică a substituțiilor fideicomisare, reliefând elementele constitutive ale substituțiilor, iar pentru o prezentare mai dinamică și mai complexă a acestora am inserat decizii ale instanțelor judecătorești. De asemenea, am analizat natura juridică a substituțiilor fideicomisare și natura actului care generează dreptul în patrimoniul substituitului, probleme care, deși au suscit dezbateri la nivelul literaturii franceze, ele nu au prezentat interes la nivelul doctrinei române atât timp cât substituțiile erau interzise de Codul Civil de la 1864.

A treia secțiune cuprinde o scurtă prezentare istorică și juridică a substituției vulgare, cu accent pe acele elemente care o deosebesc categoric de instituția substituțiilor fideicomisare. Uneori distincția dintre substituțiile fideicomisare și alte instituții nu este, sau cel puțin nu a fost ușor de realizat, de aceea am analizat în cadrul capitolului IV trei operațiuni care sunt similare substituțiilor fideicomisare: fideicomisul fără obligație, legatul rămasășitei și dublul legat condițional. Am încercat să aducem argumente pentru a susține acea parte a doctrinei care recunoaște valabilitatea acestor operațiuni.

Secțiunea a cincea este dedicată sancțiunii aplicabile substituțiilor fideicomisare în viziunea Codului Civil de la 1864. Pentru a justifica sancțiunea nulității absolute și integrale care lovește atât cea de-a doua liberalitate făcută substituitului, cât și cea prevăzută în favoarea instituitului, am prezentat detaliat rațiunile care au stat la baza interdicției. De asemenea, am identificat un mecanism juridic care permite validarea uneia din cele două liberalități.

În cuprinsul secțiunii VI intitulată „Prohibițiile între vechiul și noul Cod” am încercat să realizăm o analiză detaliată a dispozițiilor noului Cod Civil consacrate substituțiilor fideicomisare. Am recurs la analiza expunerii de motive, la Hotărârea Guvernului nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prealabile ale proiectului de lege - Codul civil, la reglementările Codului civil francez pentru a explica contradicția care aparent exista între art. 993 și 994 NCC. Având în vedere limitările aduse principiului liberei circulații a bunurilor prin intermediul substituțiilor fideicomisare, legiuitorul francez a preferat să mențină principiul prohibiției substituțiilor fideicomisare, cu excepția cazurilor în care ele sunt autorizate de lege, iar cazurile în care sunt permise de lege sunt extrem de numeroase. Această abordare se pare ca a fost preluată și de noul Cod Civil.

De actualitate și interes este și analiza condițiilor, respectiv a efectelor substituțiilor fideicomisare în lumina actualului Cod Civil, analiză care se regăsește în cuprinsul ultimului capitol consacrat substituțiilor fideicomisare. De asemenea,

având în vedere dispozițiile noului Cod Civil am încercat să oferim un răspuns la următoarea întrebare: are loc o eternizare a voinței lui *de cuius* prin intermediul substituțiilor fideicomisare?

I. Prohibirea substituțiilor fideicomisare

I.1.: Limitele legale ale voinței lui *de cuius*

Liberalitățile ca specie a actelor cu titlu gratuit⁵ evidențiază, la prima vedere, dezinteresul și altruismul. În doctrină⁶ s-a afirmat că „transmiterea cu titlu gratuit este forma cea mai înaltă a colaborării sociale, care constituie scopul suprem al dreptului; ea dă satisfacție sentimentelor afective, care, alături de interesele, și mai presus de ele, sunt și rămân marele motor al vieții sociale”. Având în vedere latura socială a liberalităților, s-ar presupune ca ele necesită un regim juridic favorabil, care să încurajeze astfel de manifestări de generozitate.

Dar, așa cum se susține în doctrină⁷, „nu totul este roz în privița actelor cu titlu gratuit”. Actele cu titlu gratuit sunt periculoase deoarece amenință numeroase interese; în cazul liberalităților, întotdeauna îmbogățirea unei persoane presupune înșărăcirea corelativă a unei alte persoane.

Liberalitățile constituie, în primul rând, un pericol pentru însuși autorul actului întrucât conferă un folos unei alte persoane și nu autorului actului. „Acestea reprezintă atât manifestarea unor sentimente, a intenției de a procura un avantaj (*animus donandi*) din partea autorului dar și motiv de râvnire și de nemulțumire din partea celor care ar fi primit bunurile în lipsa acestor manifestări de voință (moștenitorii legali). De unde rezultă și riscul ca autorul liberalităților, victimă a propriilor pasiuni, să cedeze unei situații neanalizate sau să fie înșelat, fiind victimă a manoperelor altor persoane.”⁸

Liberalitățile constituie, de asemenea, un pericol pentru familia dispunătorului⁹. Bunurile, ca obiect al liberalității, sunt scoase, de regulă, din sânul familiei, ele fiind împărțite după alte reguli decât cele ale moștenirii *ab intestato*. Moștenirea legală constituie regula în materie succesorală¹⁰ și a fost creată ca un instrument de coeziune familială, orice excepție de la regulile generale de transmitere a moștenirii fiind necesar să fie controlate.

Nu în ultimul rând, liberalitățile constituie un pericol pentru însuși beneficiarul actului¹¹. Acesta, fiind atras de perspectiva obținerii unui avantaj, riscă să accepte condiții sau sarcini care pot să îi pună în pericol libertatea. Dispunătorul profită de statutul privilegiat pe care îl are ca să își impună punctul de vedere „cu riscul unui abuz de poziție dominantă”¹². Acest risc este serios deoarece, adeseori, liberalitățile

sunt instituite sub condiție sau impun numeroase sarcini care urmează să fie executate de către beneficiar.

Această dublă fațetă a actului cu titlu gratuit (a liberalităților) – generos, dar periculos - explică regimul juridic dual al acestuia: pe de-o parte există reglementări care îi permit autorului actului să dispună de bunurile agonisite după cum crede de cuviință, în conformitate cu principiul libertății de voință, iar de cealaltă parte, există norme care limitează voința dispunătorului.

Dreptul de dispoziție asupra patrimoniului pentru cauză de moarte se exercită de titular până în momentul decesului, prin acte juridice esențialmente revocabile care, datorită acestui caracter, pot fi oricând retractate sau modificate. În consecință, devoluțiunea moștenirii printr-un contract propriu-zis, adică printr-un act cu caracter irevocabil, este interzisă de lege „prin oprirea pactelor asupra succesiunilor nedeschise (viitoare)”¹³; astfel, dreptul de opțiune succesorală nu poate fi exercitat sub nicio formă (act unilateral sau contract) de către prezumtivii moștenitori decât de la data deschiderii moștenirii, din momentul în care aceștia devin succesibili¹⁴.

Tot astfel, ocrotind rudele apropiate ale lui *de cuius*, legea îi interzice acestuia din urmă să facă acte cu titlu gratuit, prin care ar aduce atingere rezervei succesoriale, destinate moștenitorilor rezervatari. Desigur, orice persoană fizică, atunci când își exprimă ultima voință, are dreptul de a face acte cu titlu gratuit în favoarea oricăror persoane, dar numai în limitele cotității disponibile. S-a explicat necesitatea acestei instituții având în vedere că „pe cât de necesar este de a asigura dreptul de a testa, pe atât este de necesar de a împiedica pe testator să abuzeze de acest drept, dispunând de întreaga avere în favoarea străinilor și în paguba membrilor apropiați ai familiei”¹⁵.

Nimănui nu-i este îngăduit să stabilească, printr-un act de ultimă voință, transmisiunea bunurilor care îi aparțin, însă doar pentru cazul propriei sale morți. „Dispunătorul nu poate să stabilească prin voința sa soarta patrimoniului său și după moartea celor cărora le-a lăsat aceste bunuri”¹⁶. Altfel spus, dispunătorul nu va putea stabili după voia sa devoluțiunea succesorală din generație în generație - o ordine succesorală pentru urmașii săi, denumită substituție fideicomisară, aceasta fiind interzisă de Codul de la 1864 sub sancțiunea nulității absolute¹⁷.

1.2.: Scurt istoric al substituțiilor fideicomisare

1.2.1. Noțiune

Substituțiile fideicomisare își au originea în dreptul roman, unde reprezentau un mijloc de organizare a transmisiunii averii dispunătorului după bunul său plac. Romanii nu au cunoscut noțiunea de substituție fideicomisară ca atare, mecanismul

specific ei fiind asigurat prin intermediul unor operațiuni distincte ca figuri juridice dar care, în esență, odată executate, aveau aceeași finalitate (finalitatea specifică substituțiilor de astăzi). Acestea erau substituțiile și fideicomisele.¹⁸

Substituirea de moștenitori reprezenta acel mecanism prin care dispunătorul numea o persoană care să ia locul celui instituit moștenitor în situația în care acesta din urmă nu ar fi cules moștenirea. „Cuvântul substituție (de la *sub-instituo*) înseamnă, în materie de moștenire, dispoziția prin care testatorul instituie în ordine subsidiară o persoană pentru cazul în care persoana instituită ca moștenitor în primul ordin nu ar deveni erede.”¹⁹

Substituirea de moștenitori era, de fapt, o instituire condițională, ceea ce presupune că „nu produce efect decât la împlinirea condiției – dacă persoana instituită în ordine anterioară nu devine erede: fie pentru că refuză, fie pentru că a murit, fie pentru că nu poate deveni”²⁰. Această dispoziție avea ca și scop îndeplinirea, cât mai exactă, a voinței testatorului, prin evitarea în mare măsură a unor situații nedorite de acesta, precum caducitatea testamentului ori aplicarea dreptului de acrescământ în cazul pluralității de moștenitori sau legatari. Se cunoșteau trei forme ale substituției de moștenitor.

Substituția vulgară (*substitutio vulgaris*), cea obișnuită, consta în instituirea în ordine subsidiară a unui erede pentru eventualitatea în care instituitul în rang superior nu ar putea sau nu ar vrea să își asume calitatea de moștenitor²¹. Acest subiect va fi analizat ulterior, într-un capitol distinct, pentru a scoate în evidență distincțiile care există între substituția vulgară și substituția fideicomisară²².

Substituția pupilară (*substitutio pupillaris*) era o instituire de moștenitor „făcută de un părinte de familie pentru fiul său impuber, pentru cazul când acesta din urmă ar fi supraviețuind tatălui său, ar fi murit înainte de a fi atins vârsta pubertății și prin urmare înainte de a avea *testamenti factio activa*, adică înainte de a fi capabil de a testa”²³. Trebuie menționat faptul că, în cazul substituției pupilare, substituitul este moștenitorul fiului alieni iuris devenit sui iuris după moartea lui pater familias. Substituția pupilară era un atribut exclusiv al puterii părintești, era un instrument prin care pater familias își exercita această putere (*patria potestas*) și avea ca finalitate suplinirea voinței impuberilor²⁴. Codul Calimach a reglementat substituția pupilară, denumind-o „subrânduirea sărăimănească” și a prevăzut la art. 775 că „părinții pot orându-i nevrâstnicilor săi copii moștenitoriu, la parte bărbătească până la împlinirea vârstei de douăzeci ani, iar la partea femeiască până la împlinirea vârstei de optsprezece ani, însă numai pentru câte vor lăsa din însăși averea lor”²⁵.

Substituția quasi-pupilară (*substitutio quasi pupillaris*) care consta în numirea de către testator a unui moștenitor pentru descendentul său incapabil (lipsit de minte). Substituția trebuia efectuată în favoarea descendenților alienatului sau în lipsa descendenților, în favoarea fraților și surorilor alienatului, părinții având libertatea

să aleagă substituitul numai în cazul în care nu existau alte rude apropiate ale copilului alienat.²⁶

În ceea ce privește fideicomisul, este necesară o analiză mai detaliată deoarece acesta constituie mecanismul care a stat la baza apariției și dezvoltării instituției substituțiilor fideicomisare, mai mult decât atât, noțiunea de fideicomis „ar putea fi considerată celula primară în cadrul dezvoltării ulterioare a instituției pe care o analizăm”²⁷. Terminologic, *fideicomisum* (*fides*, -ei = încredere, *commito* = a da, a încredința) însemna în vechiul drept o rugămintă adresată unei persoane apropiate. Se foloseau, de altfel, și alți termeni speciali, cum ar fi „*fidei comitto*” (încredințez) sau „*roggo*” (rog).²⁸ Intransigența formalismului juridic din epoca clasică romană a determinat căutarea unei alternative (unei alte instituții pe lângă cea a legatului), a unei forme suplă de exprimare a ultimei voințe, o formă care „să contrazică reglementările excesive și să dezrobească inițiativa particulară incitată de conservatorismul juridic la rebeliune”²⁹.

1.2.2. Origine și evoluție

Originea fideicomisului “o găsim în domnia lui Octavian Augustus ca o nouă manieră de a dispune mortis causa cu titlu particular: testatorul ruga pe una dintre persoanele care primeau ceva din avere să dea unul sau mai multe bunuri unui terț beneficiar”³⁰. S-a susținut că rădăcinile fideicomisului trebuie căutate „adânc în abisul istoriei, mai exact în antichitate, când apăruse deja obiceiul de a face dispoziții de ultimă voință prin intermediul unei simple rugăminți adresate unei persoane de încredere, fie ea moștenitor sau orice altă persoană, aleasă de către cel care lasă moștenirea”³¹.

Fideicomisul încheiat cu titlu mortis causa era, așadar, o manieră indirectă și precativă de a lega. O terță persoană (*fiduciarius*), una de încredere, cum însuși termenul ne-o indică (de regulă o persoană din grupul amicilor, ei înșiși fiind gratificați, prin legate testamentare sau chiar prin instituiți ca succesori testamentari) primea, din partea dispunătorului, o dispoziție de ereditate (*hereditas fideicomissa*) referitoare la o parte din averea sa succesorală sau doar la un bun ori serviciu determinat (*singulae rei fideicommissum*) pe care trebuia să le pună la dispoziția unui beneficiar (*fideicomissarius*).³² Fideicomisul constituia o practică cu totul în afara reglementărilor juridice stricte. Credința că cel însărcinat își va îndeplini promisiunea nu se putea baza decât pe loialitatea și onestitatea persoanei căreia îi era încredințată³³. Era vorba de o rugămintă amicală în care nu aveau ce căuta exigențele impuse de reglementarea judecătorească.³⁴

Dezvoltarea relațiilor comerciale și implicit imposibilitatea îndeplinirii formelor cerute pentru întocmirea testamentului de cei plecați în țările îndepărtate a constituit impulsul necesar creării unui instrument juridic care să le permită, fără forme, să dispună de bunurile lor după moarte. Fideicomisul s-a născut, deci, în interesul negustorilor, în interesul, de fapt, al clasei dominante. Lipsa de restricții de formă („putea fi făcut în formă orală, inserat într-un codicil chiar neconfirmat prin testament, în prezența a 5 martori”³⁵), de fond („grevat putea fi oricine culegea ceva din succesiune indiferent cu ce titlu: erede, legatar, un alt fideicomisar, moștenitor *ab intestato*”³⁶) a presupus o extindere rapidă a fideicomisului. În formă incipientă, „fideicomisul putea funcționa și între incapabili”³⁷, aspect care relevă absența oricăror constrângeri.

Până a lua forma substituției fideicomisare, fideicomisul a suferit mutații succesive, mai ales în privința sancțiunii sale juridice. Dacă în epoca veche romană, înainte de Augustus, nimeni nu putea fi silit să execute fideicomisul³⁸, existând doar o sancțiune morală și religioasă în cazul nerespectării, în epoca clasică, frecvența cazurilor în care fiduciarul nu-și îndeplinea promisiunea, l-a determinat pe Augustus să stabilească o sancțiune juridică³⁹ în cazul în care fiduciarul refuza să-și îndeplinească datoria. Pe de altă parte, „în epoca împăratului Tiberius Claudius Augustus Germanicus (41-54 d. Cr.), apăruse chiar instituția pretorilor fideicomisari (*praetores fideicommissarii*) care, la Roma, se ocupau de clauzele de fideicomis”⁴⁰ care deveniseră, așa cum am menționat anterior, obligatorii din timpul domniei lui Octavianus Augustus Caesar.

De asemenea, grație unui senatusconsult (*Senatusconsultum Pegasianum*), succesorul care refuza moștenirea din cauza enormității fideicomisului pe care îl avea de îndeplinit față de fideicomisar, putea fi constrâns, printr-o acțiune specială, să îi dea curs, pierzând astfel quarta legitimă ce îi era rezervată. În sfârșit, în timpul împăratului Nero Claudius Drusus Germanicus Caesar (54-68 d. Cr.), prin senatusconsultul Trebellianu, fideicomisarilor li s-a asigurat și exercitarea acțiunilor hereditare contra fiduciarilor succesori (sub forma unor *actio utiles*, după cum Gaius indică în *Instituțiunile sale*)⁴¹.

Într-o notă, autorii Codului Calimach explică în felul următor apariția în dreptul roman a fideicomisului: „Romanii, fiind opriți de legile lor a lăsa moștenire sau legatum la un om, ce nu era orășan (cetățean-T.S.) roman, și la alte oarecare persoane, și fiindcă unii nici avea voie a face testament, care întâmplându-se de multe ori să aibă rudeni sau prieteni, lăsa moștenirea și legături la acele persoane. Deci dar, lăsând în ivală (la vedere - T.S.) moștenitoriu sau legatariu pe unul din neaparații moștenitori (moștenitori rezervatari - T.S.) sau pe vreun prieten, orășan roman, îl ruga, ca să dea ori toată moștenirea sau parte din ea sau legatum la acela, căruia în ivală nu-l putea lăsa moștenirea sau legatum. Iar fiind

aceasta rămânea în voința rânduitului moștenitoriu (moștenitorul care a fost instituit – T.S.) sau legatar, carele adeseori din lăcomie călca credința (încrederea - T.S.) și jurământurile, nu da moștenirea sau legatum după orânduirea testatorului, pentru aceasta dar împăratul Augustus au dat fideicomiselor putere de lege; iar în urmă lipsind acele opriri (interdicții - T.S.) pentru care atuncea se făcuse fideicomisum, s-au urmat pentru alte pricini, pentru care se fac astăzi, precum mai jos vom vedea. Împăratul Iustinian au legiuit fideicomisum întocmai ca legatum; pentru acestea dar și noi arătam în scurt, câte s-au socotit de trebuință.”⁴²

Romanii au cunoscut două feluri de fideicomise: fideicomisul de familie – era acea formă de fideicomis prin intermediul căruia dispunătorul lăsa un bun fiduciarului, cu condiția ca acesta din urmă să-l lase, la rândul său, urmașilor sau unei alte persoane din cadrul familiei⁴³ și avea ca finalitate păstrarea bunurilor în sânul unei familii pentru ca aceasta să-și conserve puterea economică și, implicit, pe cea politică. Prin urmare, avem o serie de transmisiuni având fiecare, ca dată, moartea persoanei grevate. A doua forma de fideicomis era cunoscut sub denumirea de fideicomis de ereditate și putea să aibă ca obiect întreaga avere a dispunătorului ceea ce presupunea faptul că se deosebea de fideicomisul de familie doar din punct de vedere cantitativ.

Fideicomisul de familie este cel care prezintă o deosebită importanță datorită faptului că a devenit celebru în dreptul francez sub numele de „substituție fideicomisară”, prin care nobilii urmăreau menținerea averii în familie. Dreptul celui dintâi născut, așa-numitul privilegiu al primogeniturii, era, desigur, un mijloc eficace pentru a asigura păstrarea bunului în familie. Însă acest mijloc s-a dovedit „neîndestulător, căci moștenitorul neexperimentat sau stăpînit de patima risipei putea irosi bunurile moștenite, înstăinându-le sau grevîndu-le în timpul vieții sale”⁴⁴. De aceea substituțiile avea rolul de a opri, în fiecare generație, înstrăinarea sau grevarea bunurilor ce formau obiectul substituției, pentru ca acestea să poată fi transmise, fără atingere, generației următoare.

Substituțiile fideicomisare au căpătat o largă dezvoltare în societatea feudală. În evul mediu, principala sursă de bogăție era pământul, moșia pe care proprietarul dorea să o păstreze întreagă, din generație în generație, în mâinile urmașilor săi. „Bogații erau, așadar, obligați să rămână bogați”⁴⁵.

Însă, cu timpul, dezvoltarea mijloacelor de producție a adus cu sine ivirea burgheziei pe arena istoriei. Clasă în ascensiune la acel timp, burghezia începe să construiască, alături de modestele ateliere meșteșugărești ale epocii feudale, mari întreprinderi de manufactură, creând în felul acesta, între oameni, condițiile unor noi raporturi de producție.

Manufacturile aveau, însă, nevoie de imobile pentru a se întemeia și a se dezvolta, de o producție agricolă sporită pentru ca muncitorii ce lucrau în ele să poată fi hrăniți. În același timp, cei ce produceau mărfurile, cât și comercianții care le distribuiau aveau nevoie de capitaluri, de credit pentru investiții și funcționarea întreprinderilor. Libera circulație a bunurilor, intensificarea producției agricole, siguranța creditului, erau condițiile cerute pentru ca noile raporturi economice să se poată dezvolta. Din pricina acestor condiții, nevoile economice ale burgheziei în ascensiune veneau în conflict cu vechile așezări juridice feudale, potrivite pentru o economie naturală, dar care alcătuiau tot atâtea frâne ce stânjeneau dezvoltarea producției și schimbul de mărfuri⁴⁶.

În special, substituțiile fideicomisare apăreau ca o piedică ce trebuia sfărâmată. În primul rând, imobilizarea proprietății funciare timp de generații prin oprirea de a înstrăina și de a greva impusă substituțiilor succesivi, crea un fel de „bunuri de mână moartă”⁴⁷ familiale, în directă contradicție cu principiul liberei circulații a bunurilor.

În al doilea rând, grevatul, fiind obligat să transmită la moartea sa bunurile inalienabile pe care le-a moștenit, nu era decât un fel de uzufructuar sau, mai corect spus, era un proprietar cu puteri limitate deoarece adevăratul drept de proprietate presupune exercitarea neîngrădită a celor 3 atribute: usus, fructus și abusus.

La jumătatea secolului al XVIII-lea, regalitatea franceză, analizând consecințele și dezavantajele substituțiilor fideicomisare (ca de exemplu prevalența perpetuă a voinței individuale asupra legii sau condamnarea proprietății funciare la o imobilitate exagerată și, în același timp nejustificată) a interzis printr-o ordonanță din august 1747 substituțiile perpetue, limitându-le la două generații⁴⁸.

Însă, odată cu Revoluția franceză de la 1789 și cu preluarea puterii politice de către burghezie, instituția substituției fideicomisare a fost desființată, întrucât constituia „o stavilă în calea noii orânduiri”⁴⁹. Motivele care au stat la baza acestei interdicții sunt atât de ordin politic – distrugerea puterii ce se afla în mâna nobilimii cât și de ordin economic – asigurarea liberei circulații a bunurilor. Unul din primele acte ale Revoluției a fost Decretul din 14-15 noiembrie 1792 în care se arăta că: „Toate substituțiile sunt interzise și prohibite pentru viitor. Substituțiile făcute înainte de publicarea prezentului decret, indiferent în ce acte sunt statuate, care nu sunt deschise la data acestei publicări, sunt și rămân abolite”⁵⁰. Codul francez de la 1804, „rod al biruinței burgheziei în ascensiune”⁵¹ a interzis, cu valoare de principiu, substituțiile fideicomisare, arătând la art. 896 că „Orice dispoziție prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi obligat să conserve și să remită unui terț, va fi nulă, chiar în privința donatarului, eredelui instituit sau legatarului”⁵². Interdicția nu era una absolută, codul civil admitând o derogare prevăzută la art. 1048

și 1049 din același act normativ: erau admise substituțiile fideicomisare făcute în folosul nepoților dispunătorului sau copiilor fraților și surorilor. Așadar substituitul nu putea să fie decât un copil al instituitului⁵³.

Trebuie, totuși, amintit faptul că atât în timpul lui Napoleon cât și în scurta perioadă a restaurației monarhiei din Franța, nevoia de a consolida tronul prin renașterea unei aristocrații puternice, a adus după sine, sub o formă sau alta, reînvierea vremelnică a substituțiilor fideicomisare⁵⁴.

De remarcat, însă, felul în care a evoluat atitudinea burgheză față de instituția substituției fideicomisare. Dacă, la început, a fost hotărât ostilă acesteia, mai târziu, fără a îndrăzni, totuși, să reînvie pe față vechea instituție aristocrată, a sfârșit prin a recurge la procedee juridice prin care să obțină rezultate asemănătoare, dacă nu chiar identice cu cele ce decurgeau din instituția prohibită, cum ar fi fideicomisul fără obligație, legatul rămășitei sau al prisosului, sau dublul legat condițional.

În ceea ce privește reglementările vechiului drept românesc, acestea recunoșteau valabilitatea substituțiilor fideicomisare. Astfel, în „Adunarea” lui Andronache Donici, pravilă apărută în 1814, se face următoarea mențiune cu privire la substituția fideicomisară: „Asemenea poate să lase omul moștenirea sa la unul, îndatorându-l ca să ție și să păzească, sau toată moștenirea sau numai o parte dintrânsa pentru rânduitorul moștenitor (care se numește în pravilă fideicomisaru) arătându-se foarte curat gândul și voința ce are. Deci, acela ce este însărcinat în fideicomisaru nu poate întru nici un chip a înstrăina vreun lucru din moștenirea ce i s-a încredințat a o păzi pentru altul”⁵⁵.

În Codul Calimach apărut în anul 1817 la Iași și care cuprindea în materie testamentară dispoziții referitoare la limba de moarte, la formele testamentului, la revocarea și nulitatea testamentului, este, de asemenea, inserată o dispoziție ce privește substituția fideicomisară în art. 770: „după întâia rânduire de moștenitori pote testatorul să facă și subrânduire (substituție) adică a doua, a treia, a patra, rânduire de moștenitori. Celi întâiu înscris moștenitorul se numește rânduitor și moștenesce trăindu ori voindu sau nefăcându-se vrednicu moștenirii, iar cel de al doulea se numește subrânduitor și moștenesce întâmplându-se a nu moșteni subrânduitor și moștenesce murind sau lepădându-se de moștenire ori făcându-se nevrednicu și aceasta se numește obicinuita subrânduire”⁵⁶.

Și Codul Caragea a admis substituțiile fideicomisare, însă C. civ. român actual le-a interzis cu desăvârșire. Raționamentul care a stat la baza acestei interdicții absolute a constat în faptul că substituțiile încalcă două principii generale de drept civil și anume: principiul liberei circulații a bunurilor și principiul potrivit căruia nimeni nu poate dispune decât pentru cazul morții sale. Într-adevăr, prin intermediul acestui mijloc juridic, dispunătorul scoate, practic, bunul din circuitul civil, obligându-l pe

instituit să îl conserve și să-l remită substituitului după moartea sa. Pe de altă parte, testatorul își impune voința și cu privire la devoluțiunea moștenirii instituitului, fapt inadmisibil deoarece testamentul este un act juridic unilateral, solemn, esențialmente personal și irevocabil.

Legiuitorul român de la 1864, după modelul Codului civil napoleonian, a interzis substituțiile fideicomisare. Spre deosebire de legislația franceză (Codul civil francez de la 1804), Codul civil român nu admite nicio atenuare a principiului prohibiției, ceea ce face ca interdicția să fie una absolută: „Substituțiile sau fideicomisele sunt prohibite; orice dispoziții prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privirea donatarului, a eredelui numit sau a legatarului”⁵⁷ (art. 803 Cod civil de la 1864).

Reforma dreptului succesoral francez din 2006, prin legea nr. 728 din 23 iunie 2006, a adus cu sine și modificarea textului art. 896 Cod Civil, acesta având în prezent următorul conținut: „Dispoziția prin care o persoană este însărcinată să conserve și să remită unui al treilea nu produce efecte decât în cazul în care ea este autorizată de lege”. Operațiunile „autorizate prin lege” sunt reprezentate de liberalitățile graduale (art. 1048-1056 Cod civil francez) și de liberalitățile reziduale (1057-1061 din același act normativ)⁵⁸.

O modificare radicală de optică a intervenit în materia substituțiilor fideicomisare o dată cu intrarea în vigoare a noului Cod Civil, prin recunoașterea ca licite, în anumite condiții, a substituțiilor fideicomisare: „o liberalitate poate fi grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a conserva bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător”⁵⁹ (art 994 noul Cod Civil).

II. ANALIZĂ JURIDICĂ A SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE

II.1. Elementele constitutive ale substituțiilor

Potrivit Codului Civil de la 1864 în art. 803: „Substituțiile sau fideicomisele sunt prohibite; orice dispoziții prin care donatorul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și de a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privirea donatorului, a eredelui instituit sau a legatarului”⁶⁰ se instituie o prohibiție în materie testamentară cunoscută sub denumirea de substituție fideicomisară. Legiuitorul pornește de la trasarea succintă a interdicției substituțiilor sau fideicomiselor, pentru ca, în continuare, să ne fie dezvăluite situațiile care, în concepția sa, se încadrează în această prohibiție.

Un exemplu este elocvent pentru o înțelegere exactă a noțiunii: Primus dispune în primă proprietate de un bun în favoarea lui Secundus, stipulând însă condiția ca Secundus să conserve și să remită bunul la decesul său altui beneficiar, Tertius. În cele ce urmează îl vom numi pe Primus „dispunător”, pe Secundus „instituit” și pe Tertius „substituit”.

Substituția fideicomisară este, așadar, o dispoziție prevăzută în actul de liberalitate-donație sau testament - prin care dispunătorul obligă pe beneficiarul liberalității (legatar sau donatar), numit și instituit sau grevat (fiduciar), să conserve bunurile primite și să le transmită, în tot sau în parte, la moartea sa, unei alte persoane, numită substituit (fideicomisar), desemnată tot de dispunător⁶¹. Alți autori au definit substituția fideicomisară ca fiind „o dublă liberalitate succesivă având de obiect același bun în plină proprietate, în așa fel ca primul rânduit să culeagă dreptul transmis de la dispunător, cu titlu de proprietar, însă cu sarcina de a păstra - adică de a nu aliena dreptul său - și de a-l transmite la moartea sa de către al doilea rânduit, care să culeagă dreptul transmis cu titlu de proprietar prin moștenire de la primul rânduit, însă în puterea voinței dispunătorului inițial și a ordinei succesurale create de acesta”⁶².

Din teza a doua a articolului în discuție, precum și din definiția dată, se poate evidenția că legiuitorul urmărește interzicerea nu doar a substituțiilor cuprinse în testamente (numite fideicomise), dar și a celor incluse în donații (pentru care folosește termenul mai general de substituție).

Conform practicii judiciare atunci „când testatorul instituie pe unul din fiii săi ca legatar și îl obligă ca la moarte, să transmită bunurile testate copiilor săi, testamentul conține o substituție de moștenitor prohibită de lege”⁶³ precum și de câte ori „un testator dispune prin testamentul său ca universalitatea bunurilor să treacă la instituit pentru a o conserva până la moarte, iar după moarte averea aceea să treacă în proprietatea substituitului, aceasta constituie o substituție fideicomisară, precum o definește art. 803 pentru care testamentul urmează a fi anulat”⁶⁴.

Substituția fideicomisară este o liberalitate dublă și succesivă. Ea are ca scop să reglementeze dinainte devoluțiunea succesorală a aceluiași bun, în viitor, din generație în generație, căci dispunătorul poate să nu se mulțumească cu desemnarea unui singur substituit. Așadar dispunătorul poate să nu se oprească la două liberalități, ci el poate să îl greveze pe primul substituit cu o substituție în folosul unui al doilea substituit, pe cel de-al doilea cu o substituție în folosul unui al treilea substituit ș.a.m.d, caz în care substituția este graduală. Atunci când substituția este făcută în folosul descendenților la infinit, ea este veșnică⁶⁵.

Având în vedere normele imperative care reglementează domeniul substituțiilor fideicomisare și sancțiunea drastică aplicabilă în cazul în care suntem

în prezența unei astfel de operațiuni (nulitatea absolută a celor două liberalități), unii autori⁶⁶ au considerat că este imperios necesar a se găsi un criteriu după care să se recunoască existența unei substituții prohibite. Chestiunea prezintă o mare importanță deoarece textul art 803 Cod civil de la 1864 este „laconic și lipsit de precizie”⁶⁷. Anterior adoptării Codului de la 1864, când substituțiile erau permise, nu s-a dat o mare importanță delimitării acestei instituții de alte operațiuni similare având în vedere că nici una dintre acestea nu era sancționată cu nulitatea. Odată cu prohibiția substituțiilor o astfel de delimitare a devenit esențială. Găsirea unui criteriu cu ajutorul căruia să se poată recunoaște existența substituțiilor fideicomisare prezintă un interes deosebit prin faptul că practica, ulterior adoptării Codului de la 1864, în scopul ocularii prohibiției prevăzută de art 803, a imaginat diferite clauze și formule a căror validitate urmează să fie apreciată într-un capitol separat tocmai cu ajutorul criteriului căutat.

Trei sunt elementele care trebuie să le întrunească o substituție pentru a intra sub incidența dispozițiilor art 803; dacă toate cele trei elemente sunt întrunite în același act de dispoziție, suntem în prezența unei substituții fideicomisare.

În primul rând, *dispunătorul (testator sau donator) trebuie să fi făcut două sau mai multe liberalități care au același obiect unor persoane diferite, acestea urmând a se executa succesiv*⁶⁸. Sau, altfel spus, este necesar să existe „două liberalități succesive”⁶⁹.

Persoanele în favoarea cărora sunt făcute liberalitățile trebuie să fie arătate de dispunător, fiind determinate sau determinabile. „De aceea, nu constituie o substituție fideicomisară dispoziția prin care testatorul lasă averea sa unei persoane, pentru ca, la moartea sa, acesta să o lase cui crede de cuviință”⁷⁰. Există numeroase decizii în acest sens. „Dispozițiunea testamentară „starea mea nemișcătoare ce se va găsi după moartea mea, deși proprietatea moștenitoarei mele, ea nu va avea dreptul de a o înstrăina, precum nici moștenitorii ei; această avere va trece de la moștenitori la moștenitori” nu cuprinde o substituție fideicomisară, deoarece testatorul nedeterminând pe cel de-al doilea beneficiar, nu există două liberalități și doi instituți”⁷¹. Într-o altă hotărâre, instanța a decis, că „dacă defunctul, prin testamentul său a legat în favoarea nepotului său toată averea mobilă și imobilă, cu obligațiunea însă încât privește averea imobilă de a nu o înstrăina, ci numai de a se bucura de venitul ei pe cât ar fi în viață, iar după moarte-i să treacă la urmașii lui, lăsându-i facultatea de a testa și dreptul de a desemna prin osebuit testament în favoarea oricărei persoane pe care el ar voi să o declare de urmaș al său, apoi nu există substituțiune în sensul art. 803”⁷².

Această condiție a fost evidențiată de instanța de apel Focșani care a reținut următoarele: „pentru ca o substituție fideicomisară să existe într-un testament, trebuie ca acel testament să conțină în mod clar două liberalități deodată, în

profitul a două persoane certe, și anume: instituitul și substituitul și cu condițiunea ca primul să conserve averea cuprinsă în testament și la moarte-i să o remită substituitului. Astfel, deși testatorul instituie ca moștenitoare pe soția sa cu condițiunea de a nu înstrăina averea și a o remite cui va voi după moartea sa, fie moștenitorilor săi testamentari, or ab intestato, din sânge sau chiar străini, prin acea dispozițiune însă nu se arată care e și persoana numită substituit, precum trebuie să existe în orice substituție fideicomisară persoană care să se poată determina cel puțin prin categorie (adică sa fie determinabilă), care să aibă o acțiune contra instituitului, care e ținut de a conserva averea și pe care instituitul să o cunoască, pentru a ști cui are a remite averea la moartea sa, așa că această dispozițiune nu conține o adevărată substituție fideicomisară ci o clauză de inalienabilitate. Și deși e admis ca să nu fie nominal arătat în testament substituitul și poate să fie și erezii unei persoane, prin urmare persoane incerte, totuși acei erezi trebuie să fie determinați cel puțin în categorie de testator, iar nu lăsat la facultatea nelimitată a instituitului de a-și numi pe cine va voi”⁷³.

În situația în care testatorul nu îi impune o obligație instituitului, ci doar îl roagă pe legatarul instituit de el să gratifice acesta pe un terț dacă va vrea (în această situație nu testatorul este cel care instituie legatarii succesivi) nu este întrunită prima condiție și prin urmare nu putem vorbi de o substituție fideicomisară ci despre un legat precativ sau fideicomis fără obligație. De asemenea, nu poate surveni sancțiunea pentru încălcarea prohibiției nici în situația în care testatorul îi conferă beneficiarului liberalității libertatea de a alege el o persoană pe care să o gratifice⁷⁴, cu excepția cazului în care „sfera persoanelor din rândul cărora legatarul poate face alegerea este atât de restrânsă (familia sau moștenitorii dispunătorului, de exemplu⁷⁵), caz în care se consideră că alegerea celui de-al doilea gratificat a fost făcută tot de testator”⁷⁶.

Liberalitățile facute de dispunător trebuie să fie succesive, producându-și efectele una după alta și nu una în lipsa alteia. Astfel prima liberalitate se execută la moartea dispunătorului, dacă vorbim de un legat sau la încheierea contractului de donație, iar a doua liberalitate se execută la decesul instituitului. Substituția fideicomisară presupune astfel două transmisiuni succesive cu titlu gratuit, despărțite una de alta printr-o curgere de timp, *tractus temporis*⁷⁷.

S-a afirmat în doctrină⁷⁸ ca nu este necesar ca ambele liberalități să fie exprese, ci este suficient ca el să impună moștenitorului legal sarcina de a păstra și de a remite bunurile la moartea sa unei persoane determinate, astfel încât gratificarea instituitului s-ar putea face și în mod tacit sau implicit.

Pentru existența unei substituții fideicomisare se cere ca cele două liberalități să aibă ca obiect aceleși bunuri, căci dacă s-ar lăsa uzufructul unor bunuri unei persoane și nuda proprietate unei alte persoane, dispoziția nu ar mai fi o substituție

fideicomisară. Uzufuctul aceluiași lucru poate fi lăsat chiar mai multor persoane, pentru ca ele să se folosească una după alta, fără să existe substituție fideicomisară. De exemplu: las nuda proprietate a casei mele din Iași lui A, iar uzufuctul acelei case lui B și după moartea lui B, lui C. Cu toate că C se va folosi, în specie, de uzufuct în urma lui B, totuși nu există substituție, pentru că obiectul liberalității făcute lui B nu este cel al liberalității făcute lui C. Uzufuctul lăsat lui B, stingându-se la moartea sa, acel lăsat lui C este un nou uzufuct. Prin urmare, nu există un legat asupra aceluiași lucru, ci două legate distincte⁷⁹.

S-a pus problema dacă o substituție are ca obiect bunuri fungibile sau o sumă de bani ar putea să constituie o substituție fideicomisară prohibitivă de lege. Nu fără să ezite⁸⁰, jurisprudența franceză s-a pronunțat în sens afirmativ. Soluția a fost criticată de doctrină⁸¹. În realitate, substituția, dacă privește bunuri fungibile, nu antrenează nicio inalienabilitate, „ce qui met les tiers acquéreurs à l’abri de tout recours”⁸². Soluții contrare au fost oferite și de doctrina română. Într-o primă opinie s-a considerat că „dacă gratificatul va trebui să predea la moartea sa unei persoane desemnate de testator o sumă de bani sau alte bunuri fungibile, această dispoziție nu va reprezenta o substituție fideicomisară, ci un legat cu sarcină, perfect valabil”⁸³, în timp ce alți autori au afirmat că „bunurile fungibile (sume de bani), deși prin natura lor intersanjabile, pot forma și ele obiect al obligației de a nu înstrăina din partea instituitului întrucât chiar dacă instituitul dispune de acele bunuri în folos propriu poate fi obligat oricând să procure altele de același fel”⁸⁴.

Considerăm că în situația în care ar exista o interdicție expresă de a utiliza suma de bani sau bunurile fungibile nu am mai fi în prezența unei liberalități deoarece lipsește avantajul patrimonial specific oricărei liberalități. Liberalitățile presupun o însărăcire a uneia din părți și o îmbogățire corelativă a celeilalte părți, ele procura un avantaj uneia dintre parti fara contraechivalent si acest lucru se realizeaza printr-un transfer de valori economice sau patrimoniale dintr-un patrimoniu în altul. În măsura în care nu ar exista o interdicție expresă de a utiliza suma de bani sau bunurile fungibile nu am mai fi în prezența unei substituții fideicomisare pentru că nu ar fi îndeplinită una din condițiile necesare pentru existența acesteia - obligația de conservare a bunului pe care o vom analiza în cele ce urmează.

*Instituitul trebuie să fi fost obligat de dispunător să conserve bunul primit și să-l transmită la moartea sa unui substituit desemnat tot de către testator*⁸⁵. Dispoziția testamentară intră sub incidența prohibiției în măsura în care impune instituitului obligația de a nu înstrăina obiectul legatului, obligație de a nu face care privește atât actele juridice *inter vivos* cât și actele juridice *mortis causa*. Această obligație poate să vizeze atât o universalitate de bunuri cât și un bun individual determinat⁸⁶.

Sub acest aspect, nu are relevanță dacă substituitul nu este născut ori nici măcar conceput la data deschiderii succesiunii, interdicția legală găsindu-și aplicarea atât față de un substituit în viață, cât și față de unul neconceput⁸⁷. Este de precizat că, pe lângă nulitatea prevăzută de art. 803 Cod civil de la 1864, o substituție făcută în favoarea unei persoane care nu există ar cădea sub incidența prohibiției prevăzute de art. 808, conform căreia sunt incapabili de a primi donații între vii ori prin testament cei care nu sunt concepuți în momentul donației sau la decesul testatorului⁸⁸. „Este deci indiferent dacă substituitul trăiește sau nu în momentul când ia naștere substituția fideicomisară; este în orice caz nulă, din cauză că conține o dublă liberalitate succesivă”⁸⁹.

Este adevărat că substituțiile fideicomisare făcute în favoarea persoanelor care nu sunt nici măcar concepute la momentul decesului dispunătorului, prezintă un „pericol real pentru care legiuitorul a înscris în codul civil prohibiția art. 803”⁹⁰. Dacă însă substituitul este în viață sau măcar conceput la momentul în care ia naștere substituția fideicomisară, pericolul indisponibilizării bunurilor este mult redus, deoarece nu subzistă decât până la decesul instituitului. Cu toate acestea, art. 803 interzice orice fel de substituții fideicomisare astfel încât, așa cum am menționat și anterior, prohibiția își găsește aplicarea atât față de un substituit în viață cât și față de unul care nu este nici măcar conceput.

Obligația de conservare impusă instituitului implică o inalienabilitate a bunurilor ce fac obiectul substituției fideicomisare. Instituitului îi este interzis să efectueze vreun act care să deprecieze sau să împruțineze bunurile, căci scopul esențial urmărit într-o substituție, este de a asigura transmiterea integrală a bunurilor în persoana substituitului⁹¹. Bunurile nu pot fi declarate inalienabile prin voința omului decât dacă există un interes serios și legitim⁹² și pe o perioadă determinată de timp, ca de exemplu garantarea executării sarcinii ce grevează legatul sau împlinirea vârstei majoratului. Or, „instituirea obligației pentru legatar sau doatar de a preda bunul la moartea sa unei alte persoane desemnată tot de dispunător nu poate fi considerat un interes serios și legitim”⁹³, ci dimpotrivă, un interes prohibit de lege⁹⁴.

Din practica instanțelor judecătorești⁹⁵ a rezultat că, pentru ca un act de dispoziție să poată să fie calificat ca fiind o substituție fideicomisară, obligația de conservare și remitere a bunului poate să fie inserată în actul de dispoziție în mod expres, obligația de conservare poate fi dedusă din ansamblu dispozițiilor: „Unul din elementele esențiale ale substituțiunii fiind ca legatarul sau eredele instituit să fie negreșit însărcinat să conserve și să remită la o a treia persoană lucrul legat sau lăsat de moștenire, trebuie ca ori testatorul să fi zis aceasta expres, ori părțile celelalte ale testamentului să învedereze o asemenea intențiune din partea sa”⁹⁶

sau chiar prin interpretarea voinței testatorului: „Dacă testatorul, prevăzând împrejurările predecesului unuia din cei doi legatari ai săi universal, survenit după încetarea sa din viață, dispune ca partea predecedatului să treacă în averea legatarului supraviețuitor, curtea, văzând în această dispozițiune testamentară o sarcină pentru unul din legatari, de a conserva și a remite celuilalt, cu drept cuvânt anulează această dispoziție testamentară ca constituind o substituție sau fideicomisul prohibit de art. 803”⁹⁷.

*Reportarea transmiterii legatului către substituit la momentul și ca urmare a decesului instituitului*⁹⁸ este o a treia condiție pentru existența unei substituții fideicomisare. Așadar, dreptul substituitului se naște la decesul instituitului, însă ca efect al voinței dispunătorului.

Se creează, cu privire la bunurile transmise, o ordine succesorală în favoarea generației viitoare, ajungându-se ca dispunătorul inițial să facă, cu privire la aceste bunuri, testamentul primului gratificat. Această transmisiune orânduită de testator „încalcă principiul conform căruia nimeni nu poate dispune pentru moartea altuia”⁹⁹ precum și, de cele mai multe ori, contravine regulilor devoluțiunii succesoriale legale mai ales în ceea ce privește rezerva succesorală. Din acest punct de vedere, substituția fideicomisară poate fi unică sau simplă, când dispunătorul stabilește un singur substituit, graduală, când stabilește doi sau mai mulți substituiți și veșnică, dacă operează în folosul descendenților la infinit.

Dacă remiterea bunului legat nu este condiționată de moartea instituitului, ci ea este afectată de o condiție rezolutorie sau suspensivă, ori de împlinirea unui termen, atunci nu vom fi în prezența unei substituții fideicomisare prohibită de lege, iar obligația de predare a bunului este una valabilă: „nu constituie o substituție fideicomisară dispoziția prin care instituitul este obligat să transmită unei persoane bunurile ce a primit, însă la o altă dată decât cea a morții sale, dacă, de pildă, s-a prevăzut ca dată a transmisiunii un termen cert sau data împlinirii unei condiții care, prin natura ei, se poate îndeplini la alt moment decât cel al morții instituitului, căci, în acest caz, liberalitatea nu cuprinde un *ordo successivus*”. În situația în care primul beneficiar ar fi obligat să restituie bunurile, după trecerea unui interval de timp unei persoane care nu era concepută la momentul întocmirii donației sau la data deschiderii moștenirii (în cazul testamentului), își va găsi aplicare art. 808 Cod civil de la 1864 iar dispoziția va fi nulă chiar dacă al doilea beneficiar se va naște ulterior¹⁰⁰.

De asemenea, o liberalitate făcută în același timp la două sau la mai multe persoane (liberalitate conjunctă) nu este o substituție fideicomisară pentru că lipsește *ordo successivus*. Astfel dispoziția „instituiesc ca moștenitori pe A și pe copiii săi” nu constituie o substituție fideicomisară deoarece unul din legatari nu

primește bunurile ce constituie obiectul liberalității după celălalt, „ci exista doi gratificați ce primesc aceleași bunuri în același timp și devin proprietari irevocabil îndată ce testamentul își produce efectele sale”¹⁰¹.

S-a considerat că nu ar trebui calificată drept substituție fideicomisară nici liberalitatea făcută unei persoane juridice, în vederea înființării unei fundații de utilitate publică, dacă se stipulează că, în caz de dizolvare a persoanei juridice, bunurile vor fi atribuite unei alte persoane juridice, desemnată de dispunător¹⁰². Cu toate acestea, jurisprudența a hotărât că o asemenea dispoziție conține o substituție fideicomisară. „Această soluție extravagantă se întemeiază pe asimilarea completă și totală a persoanei juridice cu persoana fizică”¹⁰³. Dizolvarea sau lichidarea unei persoane juridice nu poate fi asemănată cu decesul unei persoane fizice, „de vreme ce ea nu deschide o moștenire”¹⁰⁴.

Dacă chestiunea este controversată atunci când o persoană juridică, gratificată în primul rând, este obligată să conserve averea primită și să o remită unei alte persoane juridice, care să ia locul celei dintâi, există totuși substituție atunci când o persoană fizică este obligată să păstreze toată viața ei averea primită și să o transmită la decesul său unei persoane juridice¹⁰⁵.

II.2. Natura juridică a substituțiilor fideicomisare

Regulile esențiale ale substituțiilor nu ridică dificultăți de interpretare: până la deschiderea substituției, instituitul este proprietar al bunurilor donate sau legate; ulterior decesului instituitului, substituitul devine proprietar al acestor bunuri, pe care le preia libere de orice drepturi și obligații ce ar fi putut fi create în favoarea terților de către instituit¹⁰⁶. Cu toate acestea, au apărut discuții și controverse legate de natura juridică a substituțiilor.

Problema stabilirii naturii juridice a substituțiilor fideicomisare părea lipsită de interes la nivelul legislației noastre atât timp cât substituțiile erau interzise fără nicio excepție. Noul Cod Civil admite operațiunile care întrunesc elementele constitutive ale unei substituții fideicomisare, motiv pentru care considerăm că o analiză a naturii juridice a acestor operațiuni este absolut necesară.

Chestiunea naturii juridice a substituțiilor fideicomisare a suscitat dezbateri la nivelul literaturii franceze, în contextul în care erau admise în mod excepțional¹⁰⁷. „Controversele au fost generate însă nu de echivocul normelor de excepție (art. 1048 și art. 1049 Cod civil francez în formularea de dinainte de modificarea din 2006), ci de neclaritatea textului art. 896 Cod civil francez care, în mod similar art. 803 Cod civil român stabilea regula în materie, și anume nulitatea dispoziției prin care donatarul sau legatarul „va fi obligat să conserve și să remită unui al treilea...”¹⁰⁸.

Jurisprudența franceză¹⁰⁹ și o parte a doctrinei¹¹⁰ au considerat că substituțiile fideicomisare au natura juridică a unui legat dublu condițional. Instituitul este legatar sub condiția rezolutorie constând în decesul său anterior substituitului; același eveniment (predecesul instituitului) constituie condiția suspensivă care afectează liberalitatea făcută substituitului. Dar această analiză are consecința faptului că, dacă condiția de îndeplinește, substituția se deschide, prima liberalitate se desființează cu efect retroactiv, în timp ce cea de-a doua liberalitate se consideră că și-a produs efectele începând de la momentul decesului dispunătorului¹¹¹; instituitul este considerat că nu a fost niciodată proprietar, în timp ce substituitul își vede dreptul definitiv consolidat cu efecte de la data deschiderii moștenirii testatorului.

Acest mecanism al condiției (predecesul instituitului ca și condiție rezolutorie pentru instituit și suspensivă pentru substituit, așa cum am menționat anterior), duce la suprimarea efectului esențial al substituției și anume: trecerea proprietății din patrimoniul dispunătorului în cel al instituitului și ulterior în cel al substituitului, ajungându-se în cazul legatului dublu condițional ca bunurile să treacă din patrimoniul dispunătorului fie în cel al instituitului, fie în cel al substituitului, după cum condiția se îndeplinește sau nu¹¹².

Doctrina contemporană a arătat, că în situația analizată anterior, actul de dispoziție privește o singură liberalitate, și nu două liberalități succesive, ceea ce presupune că nu este îndeplinită una din condițiile esențiale ale substituției fideicomisare. De asemenea, dacă se reține teza condiției rezolutorii se mai pune o întrebare: asupra cui se transferă proprietatea dacă substituitul nu este nici măcar conceput la momentul actului de dispoziție?¹¹³ Doctrina a evidențiat neajunsurile create de situația în care s-ar considera ca substituțiile fideicomisare au natura unui legat dublu condițional și, în consecință, a propus o altă analiză pe care o împărtășim și noi: proprietatea instituitului nu este condițională, ci i-a fost atribuită în mod definitiv. Doar că această proprietate este limitată de o clauză de inalienabilitate și această cauză este condițională (inalienabilitate condițională). Deci ceea ce este condițional nu este dreptul ci caracterul inalienabil al acestuia: instituitul este proprietarul unei proprietăți inalienabile cu condiția să decedeze anterior substituitului.

În ceea ce-l privește pe substituit, până la deschiderea substituției, nu este proprietar sub condiție suspensivă ci titularul unui drept eventual. Un drept „nu se poate naște fără ca titularul lui să fie cunoscut și titularul unei substituții fideicomisare nu poate fi cunoscut decât la moartea instituitului. În adevăr, dreptul substituitului fiind subordonat existenței sale în momentul morții instituitului, numai la acea epocă se poate ști dacă acel drept a luat naștere, până atunci substituitul având numai un drept eventual, o simplă expectativă, iar nu un drept dobândit”¹¹⁴. În acest sens, prima cameră a Curții de Casație pe data de 6 mai 1997¹¹⁵ a reținut următoarele:

„până la decesul său, instituitul este proprietar deplin al bunurilor asupra cărora substituitul nu deține decât un drept eventual”. „Aceste ultime cuvinte par să fie în concordanță cu analiza doctrinală: un drept eventual nu este un drept condițional”¹¹⁶.

În doctrină s-a afirmat, de asemenea, că „această analiză este de departe cea mai bună” deoarece ține cont de una dintre condițiile esențiale ale unei substituții fideicomisare și anume să existe două liberalități succesive: o liberalitate în favoarea instituitului care este proprietar deplin (care nu poate fi înlăturat) până la decesul său și o liberalitate în favoarea substituitului, care devine proprietar dacă îi supraviețuiește instituitului și doar la momentul decesului acestuia din urmă.¹¹⁷

Controversată este însă problema actului care generează dreptul în patrimoniul substituitului, controversă datorată lipsei de precizie a dispoziției cuprinsă în art. 803 Cod civil de la 1864: „va fi însărcinat de a conserva și de a remite la o a treia persoană”.

Într-o primă opinie¹¹⁸, s-a arătat că instituitul dobândește bunul de la dispunător, iar substituitul de la instituit¹¹⁹.

În sens contrar¹²⁰ se susține că „pentru bunurile care formează obiectul substituției, substituitul este având cauză nu al instituitului, ci al dispunătorului, care efectuează două liberalități care vor beneficia succesiv instituitului și apoi substituitului”¹²¹. Împărtășim și noi cea de-a doua opinie, cu atât mai mult cu cât aceasta fost susținută și de noua reglementare în cuprinsul art. 996 alin 2: „Substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității ca efect al voinței dispunătorului”.

Majoritatea autorilor români nu au dezvoltat acest subiect, ci au prevăzut doar că, pentru a fi în prezența substituțiilor este necesar ca „dispunătorul (testator sau donator) să fi făcut două sau mai multe liberalități care au același obiect unor persoane diferite, acestea urmând a se executa succesiv”, motivându-se că „în dreptul nostru această problemă controversată nu prezintă importanță, deoarece substituția fideicomisară nu este permisă nici în mod excepțional [...] și deci este indiferent modul în care se concepe transferul proprietății la substituit; sub nicio formă el nu se produce”¹²².

Ca urmare a modificărilor intervenite în materia substituțiilor fideicomisare, acest argument nu mai poate fi invocat, iar problema naturii juridice a substituțiilor fideicomisare va constitui, cu siguranță, subiect de analiză și dezbateră în următorii ani.

III. SUBSTITUȚIA VULGARĂ

Substituția vulgară constituia, pe vechea reglementare, o alternativă legală a substituției fideicomisare, aceasta fiind permisă în mod expres de Codul Civil român de la 1864.

Sedes materiae îl constituie art. 804 cod civil de la 1864 care prevede: „este permisă dispoziția prin care o a treia persoană ar fi chemată a lua, ereditatea sau legatul, în cazul când donatarul, eredele numit sau legatarul nu ar primi sau nu ar putea primi”. Interesantă este denumirea de substituție vulgară. Mai este cunoscută și sub alte denumiri: substituția alternativă, substituția simplă și substituția ordinară.

Pentru a putea înțelege rațiunea substituției vulgare surprindem istoric și rezumativ aspectele importante. Originea substituției vulgare aproape „se confundă cu cea a instituirii de moștenitori, nu se cunoaște perioada când a apărut, dar Cicero face referire la ea”¹²³. Răspândirea ei s-a datorat simplității mecanismului: putea fi făcută oricui de către orice testator. Substituția vulgară constituia o alternativă pentru împrejurarea în care cei „desemnați erau loviți de vreo incapacitate de a moșteni”¹²⁴. Din cauza interdicției de care se putea lovi eredele, moștenirea risca să rămână vacantă și să revină Fiscului dacă în testament nu erau instituite persoane cu copii, care aveau dreptul să revendice moștenirea devenită caducă, înaintea Fiscului.

Substituția vulgară constă, așadar, „într-o singură liberalitate făcută în favoarea a doi gratificați, dintre care unul principal, chemat în primul rând să culeagă liberalitatea, iar celălalt subsidiar, chemat să culeagă liberalitatea doar dacă gratificatul principal nu vrea (fiind renunțător) sau nu poate (fiind precedat) primi”¹²⁵.

Din lecturarea definiției putem observa ca unii autori au considerat că substituția vulgară, la fel ca și cea fideicomisară, „cheamă la aceeași liberalitate două persoane, dar se deosebește de aceasta din urmă prin aceea ca ea nu comportă două transmisiuni cu titlu gratuit ce se execută succesiv, cu numai una singură; substituitul în substituția vulgară, nu este chemat să culeagă liberalitatea decât dacă primul gratificat – instituitul - nu poate sau nu voiește să primească legatul sau donația”¹²⁶. S-a considerat că testatorul instituie în aparența doi legatari, deoarece al doilea legatar nu poate să primească decât dacă prima liberalitate nu și-a produs efectele și în cele din urmă doar una din cele două liberalități se va executa¹²⁷, opinie pe care o considerăm ca fiind întemeiată având în vedere că trebuie să ne raportăm la momentul la care se produc efectele liberalității pentru a vedea dacă în realitate e vorba despre una sau două liberalități. În cazul substituției vulgare doar una din liberalități își produce efectele.

Majoritatea autorilor au considerat însă, că în cazul substituției vulgare, suntem în prezența a două liberalități: prima liberalitate este pură și simplă, iar cea de-a doua liberalitate este făcută sub condiția suspensivă a ineficacității celei dintâi¹²⁸. În realitate, va fi executată o singură liberalitate în funcție de realizarea

sau nerealizarea condiției suspensive; dacă prima liberalitate își produce efectele, dreptul celui de-al doilea gratificat nu se mai naște, pentru că nu s-a îndeplinit condiția suspensivă; dacă prima liberalitate este ineficace, condiția suspensivă fiind îndeplinită, se va naște și dreptul celui de-al doilea gratificat, dobândit direct de la dispunător¹²⁹. Este evident că vorbim de liberalități alternative, nu succesive¹³⁰, în acest fel substituția vulgară nu interferează cu arealul de acțiune al sancțiunii substituției fideicomisare.

Tot ca și particularități ale substituției vulgare, care o diferențiază de substituția fideicomisară, putem reține faptul că bunurile care constituie obiectul liberalității nu sunt scoase din circuitul civil, beneficiarul liberalității putând dispune liber de ele¹³¹; de asemenea, prin intermediul substituției vulgare, dispunătorul nu stabilește ordinea succesorală pentru cazul morții unei alte persoane, dreptul ia naștere la data deschiderii moștenirii, indiferent cine este persoana beneficiarului (primul sau al doilea gratificat)¹³².

Din argumentele invocate anterior, rezultă că substituția vulgară este o simplă măsură de siguranță, de prevedere luată de autorul liberalității pentru situația în care aceasta nu ar fi eficace sau pentru situația în care beneficiarul nu ar putea sau nu ar vrea să o culeagă. Astfel, George Plastara, profesor de drept civil la Universitatea din București, a afirmat că substituția vulgară „se întâlnește în testamente mai mult decât în donațiunile între vii, deoarece în primul caz, testatorul neștiind ce se mai petrece la moartea sa, în vederea diferitelor eventualități, desemnează în afară de instituit și o altă persoană”¹³³.

Instanțele judecătorești au considerat că atunci „când testatorul instituie pe soția sa legatară universală, cu dispoziția că dacă el îi va supraviețui, moștenirea să îi revină unui anumit nepot, testamentul său este valabil deoarece conține o substituție alternativă permisă de lege (art. 804)”¹³⁴.

Substituția vulgară poate îmbrăca trei forme:

- „substituția simplă, în care dispunătorul substituie legatarului principal un alt legatar; de exemplu, A (testatorul) instituie legatar universal pe B, dar prevede totodată că dacă B va precedea, patrimoniul succesoral să revină lui C;
- substituția multiplă, în care dispunătorul desemnează, pe lângă instituit, mai mulți legatari în subsidiar; de exemplu, A (testatorul) instituie legatar universal pe B, dar prevede că dacă B nu acceptă moștenirea, patrimoniul succesoral să revină lui C și D;
- substituția reciprocă, în care, dacă au fost instituți mai mulți legatari în cote diferite, se prezumă că și legatarilor substituți le vor reveni aceleași cote; de exemplu dacă A (testatorul) instituie legatari pe B cu 1/3 din moștenire și pe C

cu 2/3 din moștenire și, în subsidiar acestora, pe D și E, în cazul în care B și C nu 2/3 din moștenire” pot primi moștenirea, aceasta se va transmite lui D și E tot în cotele de 1/3, respectiv¹³⁵. Iată o complexitate de forme care îi permit lui *de cuius* să și-o aroge pe cea convenabilă situației sale.

Efectele în plan juridic ale substituției vulgare sunt valabilitatea dispozițiilor testamentare, lipsa sancțiunii ca efect al reglementării exprese în Codul Civil. În plan privat, voința lui *de cuius* este respectată; ea va fi cea care aranjează succesiunea după bunul plac: substituitul înlătură dreptul altor persoane (moștenitori legali, legatari) de a beneficia de ineficacitatea primului legat. Ei ar putea beneficia numai dacă cel de-al doilea ar fi ineficace și testatorul nu ar fi dispus altfel. Astfel în situația în care instituitul a acceptat liberalitatea și ulterior intervine nulitatea acestei liberalități sau revocarea (în ambele situații, pentru cauze ce îl privesc doar pe primul gratificat), substituitul va avea tot interesul să ceară și să obțină anularea sau revocarea liberalității consimțită în favoarea instituitului¹³⁶.

Surprinzătoare ar fi voința lui *de cuius* dacă în dispozițiile testamentare ar combina cele două feluri de substituții: substituția fideicomisară și substituția vulgară. În această situație vorbim despre o substituție vulgare-fideicomisară numită „la substitution compendieuse”¹³⁷. Exemplu: testatorul îl desemnează pe B legatar subsecvent care va veni la moștenire în cazul în care A (legatar principal) nu poate sau nu vrea și pe beneficiar îl obligă să conserve bunurile primite și să le transmită la moartea sa lui C.

În funcție de împrejurările existente la data deschiderii moștenirii vor putea opera următoarele soluții¹³⁸:

- dacă oricare dintre liberalități a devenit ineficace până la data deschiderii succesiunii sau ulterior acestei date, dar cu efect de la data deschiderii moștenirii (ca de exemplu: oricare dintre gratificați a precedat dispunătorului ori a intervenit caducitatea, nulitatea ori revocarea vreuneia dintre liberalități), cealaltă liberalitate va fi pe deplin valabilă¹³⁹.

- în situația în care liberalitatea este pe deplin eficace și primul gratificat poate și dorește să accepte liberalitatea, dispoziția testamentară va fi nulă în totalitate întrucât reprezintă o substituție fideicomisară¹⁴⁰. Admitem că cele două substituții își au cauza una în cealaltă, fapt ce nu ar permite disjungerea lor¹⁴¹. Astfel, în cazul supraviețuirii ambelor, substituția fideicomisară va determina și nulitatea substituției vulgare, efectele art. 803 se vor extinde și la art. 804.

IV. PROBLEME SPECIALE PRIVIND VALABILITATEA UNOR DISPOZIȚII SIMILARE SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE

În doctrina româna nu există un punct de vedere unitar cu privire la valabilitatea unor operațiuni care sunt similare substituțiilor fideicomisare, dar care, nu întrunesc elementele constitutive ale substituției; pentru a ne putea exprima un punct de vedere cu privire la aceste dispoziții, considerăm că este necesar să analizăm contextul în care au apărut și rațiunile care au stat la baza prohibiției sau – din contră - recunoașterii valabilității unor astfel de operațiuni.

Așa cum am arătat în scurtele considerații de ordin istoric, odată cu Revoluția franceză de la 1789 și cu preluarea puterii politice de către burghezie, instituția substituției fideicomisare a fost desființată. Motivele care au stat la baza interdicției au fost atât de ordin politic – distrugerea puterii ce se afla în mâna nobilimii, cât și de ordin economic – asigurarea liberei circulații a bunurilor.

Atitudinea instanțelor față de procedeele create de practica extrajudiciară pentru a obține rezultate asemănătoare substituțiilor fideicomisare a evoluat paralel cu interesele clasei burgheze¹⁴². „Cât timp burghezia, la începutul dezvoltării ei, se înfățișa ca o clasă progresistă, luptând pentru eliberarea mijloacelor de producție din cătușele așezărilor feudale, jurisprudența a aplicat cu o deosebită asprime opreliștea substituțiilor fideicomisare, anulând legatul de eo quod resduo¹⁴³ și dublul legat condițional, fără a reține distincțiile scolastice și formale pe care doctrina le făcea între aceste legate și substituția prohibită¹⁴⁴”.

Ulterior, în secolul al XIX-lea, odată cu dezvoltarea burgheziei și cu preocuparea acesteia de a-și păstra puterea economică și politică, se modifică și atitudinea jurisprudenței care, după 1870, dovedește o îngăduință crescută față de procedeele juridice menite să asigure echivalentul substituțiilor interzise. Astfel ea validează legatul rămășiței și dublul legat condițional.¹⁴⁵

Punctul de plecare al sistemului jurisprudențial e că interpretarea trebuie făcută *potius valeant quam pereant*, cu atât mai mult cu cât e vorba de un act care-și produce efectul după moartea autorului lui, astfel că nici nu ar mai putea fi refăcut de acesta. Astfel, instanțele judecătorești au considerat că obligația impusă unui legatar - prin testamentul care-l instituie în această calitate - de a nu „zălogi și vinde” lucrul legat „spre a rămâne din copil în copil” nu conține o substituție fideicomisară deoarece legatarul rămâne stăpân să dispună de lucru legat prin orice alt mod de înstrăinare. De asemenea, deși s-a stabilit condiția ca obiectul legatului să rămână „din copil în copil”, s-a considerat că testatorul nu a stabilit o ordine succesorală ci „pur și simplu el a exprimat dorința succesiunii naturale și legale; în sfârșit dacă această dispoziție ar prezenta un dubiu, în interesul circulației la comerț a

bunurilor, nicăieri adaosul: *Potius intelligendi actus sunt, ut valeant quam ut pereant*, nu și-ar găsi mai bine aplicarea ca în cazul de față¹⁴⁶.

Practica dinaintea primului război mondial recurgea la această interpretare permisivă pentru a restrânge situațiile în care sunt aplicabile dispozițiile art.803 C. Civ. Uneori instanțele au mers mai departe, ajungând să eludeze interdicția substituțiilor fideicomisare. Astfel, Tribunalul Vâlcea¹⁴⁷, interpretând testamentului defunctului Ștefan Filipescu a considerat că, instituind legatară universală pe soția sa Alexandrina Filipescu, a lăsat comunei Drăgășani nuda proprietate a unor case din Drăgășani, iar uzufructul acestor case l-a lăsat soției. Prima clauză din testament cuprindea următoarea dispoziție: „Declar că după încetarea mea din viață las moștenitoare pe întreaga mea avere mobilă și imobilă pe scumpa mea soție Alexandrina (Elena) cu drept de a fi absolut stăpână cât va trăi neavând a da nimănui nicio socoteală și fără ca rudele mele să aibă a pretinde ceva, căci așa îmi dictează conștiința mea, aceasta în semn de admirație pentru conduita sa exemplară și dreapta viață conjugală”. Pentru a califica dispozițiile din testament ca fiind un dublu legat de uzufruct și nudă proprietate sau o substituție fideicomisară trebuia stabilit dacă Ștefan Filipescu a înțeles să îi lase soției sale proprietatea întregii averi sau numai uzufructul. Așa cum a afirmat Nicolae Titulescu în consultația dată în cauză, cuvântul „stăpânire” este acela în jurul căruia gravitează interpretarea voinței defunctului. Termenul este folosit și în clauza a cincea („După moartea scumpei mele soții voiesc a se stăpâni via de fratele meu ..”), cu înțelesul de proprietate căci dacă i-ar fi lăsat uzufructul fratelui său trebuia să precizeze cui leagă nuda proprietate, ceea ce nu a făcut. Dacă simpla stăpânire din clauza a cincea face referire la proprietate, cum e posibil ca absoluta stăpânire din clauza întâi să însemne numai uzufruct?¹⁴⁸

Din termenii folosiți de testator se putea deduce că sunt îndeplinite condițiile unei substituții fideicomisare, dar cu toate acestea instanțele judecătorești au considerat că „sensul unei dispoziții trebuie căutat nu numai în termenii întrebunțați de testator, ci mai ales în intenția lui, pe care judecătorii pot s-o deducă din orice fapte și circumstanțe ale cauzei. Astfel, în ipoteza când se pretinde că un testament conține o substituție fideicomisară și când există îndoială, trebuie admisă interpretarea care exclude ideea de substituție”¹⁴⁹.

S-a ajuns la concluzia că „substituția fideicomisară nu mai prezenta inconveniente atât de grave și s-au căutat formule juridice pentru îngustarea pe cât posibil a câmpului său de aplicare”¹⁵⁰. Această schimbare de percepție a fost foarte bine evidențiată și în Franța de M. Planiol: „nu mai este timpul când substituția apărea ca un rău social și ca un pericol politic, când doar numele său era odios. Ulterior promulgării codului, practica a făcut nenumărate eforturi pentru a eluda dispoziția art. 896 C. Civ.”¹⁵¹. S-a încercat prin toate modurile să se întoarcă, să se

lovească această dispoziție, să se descompună substituțiile în elemente distincte și să li se găsească formule noi capabile a le face valabile”¹⁵². De altfel, Curtea de casație franceză a hotărât, prin două decizii din 1873 că interpretarea favorabilă eludării dispozițiilor care interzic substituțiile fideicomisare este obligatorie pentru instanțele de fond¹⁵³. „Este un punct de vedere extrem, care nu a putut fi menținut”¹⁵⁴.

Controversată este problema dacă sancțiunea nulității absolute prevăzută la art. 803 Cod civil de la 1864 este aplicabilă în cazul fideicomisului fără obligație, legatului rămășiței și dublului legat condițional.

IV.1. Fideicomisul fără obligație

Fideicomisul fără obligație, cunoscut și sub denumirea de legat precativ, este acea dispoziție prin care testatorul transmite bunurile sale unui legatar, exprimându-și dorința ca acesta să lase aceste bunuri, la decesul său, unei alte persoane¹⁵⁵.

Primul gratificat nu are obligația să conserve bunul primit și să-l transmită, la moartea sa, unui al doilea substituit desemnat tot de testator, ci el este numai rugat de dispunător ca, în cazul în care bunurile care au format obiectul liberalității mai există în patrimoniul succesoral al acestuia, să îi revină unui al doilea gratificat desemnat de dispunător.¹⁵⁶

De asemenea, gratificatul nu are obligația juridică de a lăsa acele bunuri prin testament în favoarea persoanei desemnate de dispunător. Gratificatul poate să dispună de bunurile primite atât prin acte între vii cât și mortis causa, prin testament în favoarea oricărei persoane, sau – dimpotrivă - poate să se abțină să întocmească un testament, caz în care bunurile primite de la dispunător i se cuvin propriilor moștenitori, cu titlu de moștenire legală¹⁵⁷.

Primul legatar este liber să nu execute dorința dispunătorului deoarece obligația acestuia este eminentemente morală, a cărei nerespectare nu atrage nicio sancțiune juridică¹⁵⁸. În acest sens în practica judiciară s-a considerat că „o simplă dispozițiune precativă scrisă în testament, prin care testatorul își manifestă dorința ca averea sa să treacă la o a treia persoană la moartea legatarului, nu poate constitui o obligație juridică, adică o legătură de drept care să constituie pe instituit debitor și pe substituit creditor, ci trebuie ca substituitul să poată avea o acțiune în contra instituitului în caz când acesta ar refuza de a îndeplini dispozițiunile testamentare, și printr-o simplă rugămintă nu putem scoate această acțiune; trebuie dar niște astfel de termeni din care să se poată deduce cu destulă precizie că în adevăr testatorul a voit să impună voința sa instituitului de a păstra și remite averea la substituit. Singura obiecțiune ce s-ar putea aduce este că pentru instituit o simplă rugă e de ajuns ca conștiința și onoarea să-i impună a urma astfel cum îl roagă

testatorul, și deci iată substituțiunea. Se răspunde însă ca fideicomisele secrete nu se pot împiedica, căci testatorul n-are decât prin viu grai să roage pe instituit ca averea la moartea sa să o treacă unui al treilea și instituitul fiind om de onoare va îndeplini această dorință deși nu e scrisă în testament”¹⁵⁹.

Pe de altă parte, dacă gratificatul respectă voința dispunătorului, cel pe care îl instituie ca legatar este având-cauza al legatarului și nu al dispunătorului¹⁶⁰.

Aspectele menționate anterior au fost evidențiate într-o hotărâre pronunțată de Curtea de Apel București, instanța precizând că „dacă testatorul lasă bunurile sale în desăvârșita stăpânire și moștenire a soției sale, iar după moartea numitei să lase moștenitor pe un terț, aici nu există niciuna din condițiile esențiale ale substituțiunii prohibite de lege. Așa, vocațiunea terțului la moștenirea testatorului nu rezultă că o deține în mod indirect de la testator și prin intermediul instituitului, această vocațiune o va avea întrucât legatarul va face un testament în favoarea lui; precum nici obligațiunea de a conserva lucrul legat și de a-l remite la moartea sa substituitului nu rezultă din acel testament. Întrucât privește obligațiunea de a conserva și de a remite lucrul legat, deși nu se cer termeni anume în care trebuie făcută, trebuie cu toate acestea pusă în mod imperativ legatarului astfel ca să nască în profitul celui de al treilea chemat de o acțiune civilă contră-i. În specie nu există o astfel de însărcinare căci legatarul e investit cu titlul de proprietate cel mai absolut în întreaga avere a defunctului; nu e de asemenea însărcinat de a remite, căci aceasta nu se poate concilia cu libera dispozițiune a bunurilor. În această dispozițiune este mai mult un consiliu dat de defunct soției sale, ca și dânsa să lase moștenitor pe acel terț, bineînțeles asupra averii ce și dânsa va avea la moarte-i. Astfel clauza prin care testatorul s-ar mărgini a recomanda, chiar în mod expres, legatarul o persoană pentru a o lăsa la moarte averea sa, nu e o clauză în care se poate vedea o substituțiune prohibită, o astfel de însărcinare neavând caracter obligatoriu, ci fiind făcută mai mult cu titlu de simplă recomandare.”¹⁶¹

Considerăm, alături de alți autori¹⁶², ca atât timp cât primul gratificat nu are obligația juridică de a păstra bunurile primite până la moartea sa, ba dimpotrivă poate să dispună liber de ele, astfel încât bunul ce formează obiectul liberalității nu este indisponibilizat, liberalitatea făcută în favoarea sa trebuie considerată valabilă.

În acest context în mod corect s-a afirmat că legatarul „nu este ținut de nicio obligație; drepturile sale sunt întregi și nu sunt supuse la obligația restituirii către substituit. Într-o asemenea dispoziție nu exista, deci, decât o singură liberalitate, pe care jurisprudența a declarat-o valabilă¹⁶³. Că instituitul, înțeles cu dispunătorul și în acord cu el, va executa transmisiunea voită de el, este foarte probabil. Esențial însă este că instituitul nu este obligat a o executa și păstrează, din acest punct de vedere, întreaga libertate de a face cum va crede de cuviință”¹⁶⁴.

În situația în care liberalitatea conține dispoziții neclare, în sensul că nu rezultă cu certitudine dacă dispunătorul a inserat o obligație în sarcina gratificatului sau a formulat o simplă rugămintă, acesta trebuie interpretată în sensul producerii efectelor juridice adică va fi preferată interpretarea care vine să salveze liberalitatea¹⁶⁵.

IV.2. Legatul rămășiței

O dispoziție foarte apropiată de substituția fideicomisară, dar care a fost exclusă de doctrina burgheză de sub prohibiția legală este legatul de *eo quod residuo* sau de *eo quod supererit*, numit și legatul rămășiței¹⁶⁶.

Legatul rămășiței reprezintă „dispoziția testamentară prin care dispunătorul prevede ca ceea ce rămâne din bunurile transmise în patrimoniul gratificatului la decesul acestuia (reziduuul bunurilor succesoriale primite), să treacă în patrimoniul unui al doilea gratificat, desemnat de către testator cu același prilej”¹⁶⁷.

Această operațiune este asemănătoare cu substituția fideicomisară, deoarece în privința bunurilor care se găsesc în patrimoniul primului gratificat la decesul său există dublă transmisiune succesivă, însă se deosebește fundamental de aceasta prin faptul că primului legatar nu i-a fost impusă obligația de a conserva obiectul legatului primit de la testator, acesta având libertatea de a dispune de bunurile primite¹⁶⁸.

În cazul legatului rămășiței bunurile ce formează obiectul liberalității nu sunt declarate inalienabile prin voința omului, pentru că gratificatul nu este obligat să le conserve, gratificatul putând să dispună de aceste bunuri prin acte între vii, „atât cu titlu gratuit cât și cu titlu oneros”¹⁶⁹.

Întrucât nu este îndeplinit una din trăsăturile esențiale ale substituției fideicomisare - obligația de conservare a bunului ce formează obiectul liberalității s-ar putea susține că dispoziția ce conține legatul rămășiței ar fi pe deplin valabilă. Cu toate acestea problema valabilității legatului *de eo quod residuo* a fost controversată.

Într-o primă opinie, s-a considerat că această operațiune nu este valabilă deoarece o astfel de dispoziție, deși permite înstrăinarea bunului, „cuprinde pentru ceea ce rămâne o ordine succesorală, adică testamentul urmașului făcut de dispunător”¹⁷⁰. Alți autori au considerat că legatul rămășiței nu poate fi considerat valabil deoarece este încălcat principiul potrivit cu care nimeni nu poate dispune pentru cazul morții altei persoane, legatul fiind un act juridic unilateral și esențialmente personal¹⁷¹. Principiul enunțat anterior este un principiu cu valoare independentă, generală, de natură să atragă el însuși sancțiunea nulității absolute, motiv pentru care s-a considerat că liberalitatea în favoarea primului gratificat este perfect valabilă, însă obligația acestuia de a transmite bunurile ce rămân în patrimoniul său la data decesului unei alte persoane desemnată de testator este lovită de nulitate absolută.

Nulitatea este una parțială¹⁷² „în sensul că afectează doar cea de-a doua liberalitate, prima liberalitate neavând prin ea însăși nimic ilicit”¹⁷³. „Iar dacă obligația de a lăsa legat rămășița a constituit cauza liberalității, nici cea făcută instituitului nu poate fi recunoscută valabilă”¹⁷⁴.

Într-o altă opinie¹⁷⁵ s-a considerat că legatul rămășiței este valabil deoarece dispoziția în favoarea celui de-al doilea beneficiar trebuie considerată o liberalitate directă, acest al doilea beneficiar primind bunurile direct de la dispunător. Așadar chiar dacă bunurile lăsate de testator au făcut parte din patrimoniul primului legatar, reziduul bunurilor succesoriale nu face parte din succesiunea acestuia, ci din cea a testatorului¹⁷⁶.

Probleme au apărut în literatura de specialitate și cu privire la întinderea drepturilor primului gratificat asupra bunurilor ce au constituit obiectul liberalității, în situația în care o interdicție expresă și totală de a dispune de aceste bunuri prin acte între vii ar fi lovit clauza testamentară de nulitate absolută, pentru încălcarea prohibiției prevăzute la art. 803 C.civ., în timp ce o libertate deplină de a dispune de bunuri recunoscută legatarului ar atrage, de asemenea, nulitatea liberalității în întregul său pentru lipsa cauzei, deoarece primul beneficiar a fost gratificat în baza așteptării legitime a dispunătorului că acesta nu va dispune de bunurile primite prin testament, „permițând respectarea voinței primului testator ca rămășița acestor bunuri să revină celui de-al doilea gratificat”¹⁷⁷.

S-a considerat că primul legatar este liber să dispună de bunurile primite prin acte între vii atât cu titlu oneros cât și cu titlu gratuit, în schimb primul beneficiar nu poate dispune de bunurile primite prin testament în favoarea terților¹⁷⁸, deoarece în caz contrar voința dispunătorului ca reziduul bunurilor să rămână unui al doilea gratificat ar fi practic lipsită de efecte.¹⁷⁹ Legatul rămășiței care restrânge libertatea testamentară a primului gratificat nu ar putea să privească și rezerva, testatorul neputând să limiteze libertatea de a dispune a rezervatarului decât în limitele cotității disponibile a moștenirii¹⁸⁰.

Toate controversile au fost soluționate de noul Cod Civil, prin inserarea în cuprinsul codului a unor dispoziții referitoare la liberalitățile reziduale. Așa cum s-a afirmat¹⁸¹, una din modificările majore aduse de noul Cod Civil în materia obiectului liberalităților o reprezintă consacarea expresă a validității libertăților reziduale, însoțită de tranșarea clară a „limitelor de liceitate a acestora în privința atributului de dispoziție aparținând primului gratificat”.

Astfel în cuprinsul art. 1001 noul Cod Civil se prevede că „Dispunătorul poate stipula ca substituitul să fie gratificat cu ceea ce rămâne, la data decesului instituitului, din donațiile sau legatele făcute în favoarea acestuia din urmă”. Cu privire la dreptul de dispoziție al instituitului, se prevăd în cuprinsul art. 1002 și 1003 următoarele:

„Liberalitatea reziduală nu îl împiedică pe instituit să încheie acte cu titlu oneros și nici să rețină bunurile ori sumele obținute în urma încheierii acestora.(art. 1002). Instituitul nu poate dispune prin testament de bunurile care au constituit obiectul unei liberalități reziduale” (art. 1003 alin 1)¹⁸². „Dispunătorul poate interzice instituitului să dispună de bunuri prin donație. Cu toate acestea, atunci când este moștenitor rezervatar al dispunătorului, instituitul păstrează posibilitatea de a dispune prin acte între vii sau pentru cauză de moarte de bunurile care au constituit obiectul donațiilor imputate asupra rezervei sale succesoriale” (art. 1003 alin 2).

Cu privire la dispozițiile legale enunțate anterior, considerăm că sunt necesare trei observații:

a. instituitul poate dispune nelimitat de bunurile ce au constituit obiectul liberalității, prin acte juridice cu titlu oneros;

b. primul gratificat nu poate dispune în mod valabil mortis causa de rămășița bunurilor neconsumate în favoarea unui terț, acestea revenind celui de-al doilea gratificat ca provenind direct din patrimoniul lui *de cuius*; aceasta constituie „o interdicție absolută și implicită, privitoare la dreptul de a dispune prin testament”¹⁸³;

c. instituitul poate, în principiu, să dispună de bunurile primite prin donație. În mod excepțional însă, dispunătorul poate interzice instituitului să dispună astfel, de bunurile în discuție¹⁸⁴. Această din urmă interdicție este „relativă și explicită, privind actele de dispoziție gratuită inter vivos și care trebuie să rezulte expres din cuprinsul liberalității inițiale, ea neintervenind automat, ci numai ca urmare a opțiunii dispunătorului originar”¹⁸⁵

d. se poate observa absența unei subrogații cu titlu particular în perimetrul liberalităților reziduale¹⁸⁶, ceea ce duce la concluzia că nu există în sarcina primului legatar obligația de a conserva bunurilor primite de la testator. Înstrăinarea oneroasă a bunurilor primite de primul legatar nu atrage drept consecință înlocuirea acestora cu sumele încasate ori cu bunurile primite în schimb, care nu vor împrumuta regimul bunurilor inițiale¹⁸⁷.

În ceea ce privește natura juridică a legatului rămășiței, acesta nu este altceva decât o variantă a legatului dublu condițional, primul legatar dobândind sub condiția rezolutorie ca bunurile să se regăsească în patrimoniul său la data decesului, iar beneficiarul rămășiței sub condiția suspensivă ca bunurile să se găsească în patrimoniul primului legatar la data decesului acestuia¹⁸⁸. De aici decurg următoarele consecințe: 1) Având în vedere că cel de-al doilea gratificat dobândește bunurile direct din patrimoniul dispunătorului, acesta trebuie să fie în viață sau cel puțin conceput nu doar la data decesului primului gratificat, cât și la data decesului testatorului¹⁸⁹. 2) Pentru același motiv, beneficiarul legatului *de*

residuo nu este expus acțiunii în reducăiunea liberalităăilor excesive introdusă de rezervatarii primului gratificat¹⁹⁰. 3) Beneficiarul legatului rămășiăei are aceeași vocație la moștenirea testatorului ca și primul legatar (particulară, cu titlu universal sau universală)¹⁹¹.

Ca efect al îndeplinirii condiției, doar unul dintre cei doi legatari va fi considerat proprietar al bunurilor transmise; tocmai acest mecanism al condiției este cel care a permis validarea până în prezent a unor astfel de liberalități și distingerea lor de substituțiile fideicomisare prohibite și care, finalmente, a determinat legiuitorul român să recunoască în cuprinsul noului Cod Civil caracterul licit a unor astfel de liberalități și să reglementeze regimul lor juridic.

IV.3. Dublul legat condițional

Principalul mijloc tehnic la care au recurs practicienii burghezi, pentru a obține rezultate apropiate de acelea ale unei substituții fideicomisare, este procedeul dublului legat condițional: testatorul dispune de același lucru prin două legate, care atârână de același eveniment viitor și nesigur, eveniment ce joacă rolul de condiție rezolutorie în primul legat și de condiție suspensivă în cel de-al doilea¹⁹². De exemplu "testatorul instituie legatar universal pe Petru, sub condiția rezolutorie a morții acestuia fără de posteritate; și tot sub aceeași condiție, însă de astă dată suspensivă, îl instituie legatar universal pe Ion"¹⁹³.

Dublul legat condițional este dispoziția prin care testatorul face două legate, având același obiect, în favoarea a două persoane, dar sub aceeași condiție, care însă este rezolutorie pentru primul gratificat (instituit) și suspensivă pentru cel de-al doilea (substituit)¹⁹⁴.

În privința validității sau nevalidității dublului legat condițional, doctrina și jurisprudența sunt extrem de eterogene. S-a afirmat în doctrină¹⁹⁵ că "sunt puține materii în dreptul civil, care au provocat atâtea discuții și, ceea ce este și mai grav, atâtea hotărâri judecătorești discordante".

Până la sfârșitul primei jumătăți a secolului al XIX-lea, jurisprudența a văzut în dublul legat condițional un procedeu fraudulos prin care părțile încercau să eludeze dispozițiile art. 803. Începând cu a doua jumătate a veacului al XIX-lea, instanțele au început să recunoască validitatea dublului legat condițional, însușindu-și concepția doctrinei¹⁹⁶.

Soluțiile contradictorii se întemeiază pe faptul că dublul legat condițional se aseamână foarte mult cu substituțiile fideicomisare deoarece, în fapt avem doi legatari care profită succesiv de legat, iar pe de altă parte atât substituitul, cât și

legatarul a cărui vocație este definitiv consolidată prin realizarea sau nerealizarea condiției, dobândesc bunurile direct de la dispunător¹⁹⁷.

Cu toate acestea deosebiri care există între cele două operațiuni sunt semnificative. În primul rând, într-un dublu legat condițional, primul legatar nu este obligat, ca un instituit grevat cu substituție, să conserve bunurile primite, pentru a le transmite la moartea sa celui de-al doilea grevat¹⁹⁸. Astfel, primul legatar care are calitatea de proprietar sub condiție rezolutorie, poate încheia acte de înstrăinare sau de grevare a aceluși bun. Este adevărat însă că dobânditorul acestor bunuri va primi dreptul afectat de aceeași condiție rezolutorie, soarta actelor de dispoziție depinzând de îndeplinirea sau neîndeplinirea condiției¹⁹⁹. Datorită inexistenței obligației de conservare, s-a ajuns la concluzia că „în cazul dublului legat condițional nu ar exista o indisponibilizare a bunurilor ce alcătuiesc obiectul liberalității, ci numai o incertitudine asupra persoanei proprietarului acestor bunuri”²⁰⁰.

În al doilea rând, spre deosebire de substituția fideicomisară, mecanismul juridic al realizării condiției face ca în cazul dublului legat condițional, să nu existe două transmisiuni succesive, ci numai una singură: în măsura în care condiția nu se îndeplinește, legatarul sub condiție rezolutorie își vede dreptul definitiv consolidat, cu efecte de la data deschiderii moștenirii, în timp ce legatarul sub condiție suspensivă este considerat a fi străin de moștenire, atât pentru trecut cât și pentru viitor; invers, când condiția se îndeplinește, legatarul sub condiție suspensivă își vede dreptul definitiv consolidat cu efecte de la data deschiderii moștenirii, în timp ce moștenitorul sub condiție rezolutorie, pierde cu efect retroactiv dreptul câștigat prin deschiderea succesiunii²⁰¹. Pe bună-dreptate s-a afirmat că în acest caz, chiar dacă, în fapt, cei doi legatari vor profita succesiv de legat, unul singur dintre ei va avea, în drept, această calitate²⁰².

Unii autori²⁰³ au considerat că dublul legat condițional nu reprezintă altceva decât o substituție fideicomisară, motiv pentru care operațiunea este lovită de nulitate absolută. De asemenea, s-a susținut că în situația în care testatorul ar impune primului gratificat să restituie bunurile altei persoane dacă aceasta va supraviețui, fără să subordoneze vocația celui de-al doilea gratificat de îndeplinirea unei condiții rezolutorii, adică condiția constă pur și simplu în predecesul primului legatar, „dispoziția va fi cu drept cuvânt calificată drept substituție fideicomisară”²⁰⁴. Dimpotrivă, în cazul în care condiției încetării din viață a primului gratificat îi este atașată și o altă condiție (decesului primului legatar înaintea majoratului, fără să se căsătorească, fără să aibă un copil, etc.), dublul legat condițional poate fi recunoscut ca valabil²⁰⁵. Cu privire la acest aspect, într-un litigiu, s-a reținut că „dispoziția dintr-un testament, prin care se lasă un bun unei persoane și se adaugă că dacă ea va muri înainte de majorat, atunci bunul se transmite altei persoane, este permisă

de lege, deoarece, spre deosebire de substituția fideicomisară prohibită de art.803 C.civ., o atare dispoziție nu cuprinde două liberalități care ar urma să se execute în mod succesiv ci una singură și anume: dacă se îndeplinește condiția primul legat este desființat retroactiv și numai al doilea va avea efect, astfel că al doilea legatar se consideră proprietar din chiar momentul decesului testatorului, iar dacă nu se îndeplinește, atunci primul legatar rămâne unicul beneficiar²⁰⁶.

Din cele arătate mai sus putem trage concluzia că toate aceste trei operațiuni: fideicomisul fără obligație, legatul rămășiței și dublul legat condițional prezintă trăsături care le aproprie de substituțiile fideicomisare dar, în același timp prezintă trăsături particulare care le deosebesc substanțial de substituțiile fideicomisare. Interpretarea rigidă și constrângătoare a celor trei operațiuni s-a datorat influențelor politice specifice vremii²⁰⁷.

Cu siguranță „echilibrul sistemului nostru de drept, atât sub aspectul său strict juridic cât și sub aspectul său moral, nu ar fi afectat de recunoașterea acestor procedee juridice”²⁰⁸, cu atât mai mult cu cât noul Cod Civil recunoaște validitatea substituțiilor fideicomisare simple, unice și neperpetue.

V. SANȚIUNEA APLICABILĂ SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE

V.1. Justificarea prohibiției substituțiilor fideicomisare

Potrivit art.803 Cod Civil de la 1864 se sancționează cu *nulitatea absolută și integrală* orice dispoziție care conține o substituție fideicomisară.

În cele ce urmează vom prezenta rațiunile²⁰⁹ care au stat la baza interdicției substituțiilor fideicomisare. În primul rând substituțiile fideicomisare au generat o inegalitate evidentă între copii aceleiași părinte. Așa cum am menționat în capitolele anterioare, în epoca feudală era consacrat privilegiu primului născut²¹⁰ căruia îi revenea întreaga avere, acesta având obligația să conserve averea primită și să o transmită primului fiu născut²¹¹. Această concepție era în contradicție cu principiile Revoluției Franceze de la 1789: „Libertate, egalitate, fraternitate” care s-au generalizat în secolul al IX-lea în întreaga Europă²¹².

În al doilea rând, prin admiterea validității substituțiilor fideicomisare, s-a considerat că s-ar aduce atingere principiului liberei circulații a bunurilor (consacrat, în vechea reglementare, de art. 1310) și dreptului proprietarului de a dispune liber și absolut de bunurile sale (prevăzut la art. 480 VCC)²¹³. Bunurile ce fac obiectul substituțiilor fideicomisare sunt sustrate circuitului civil, devenind astfel inalienabile și inesizabile. Pe acest considerent era afectat în mod esențial și creditul. Substituțiile fideicomisare „puteau provoca numeroase fraude în ipoteza în care

proprietarii bunurilor grevate de substituție urmăreau să obțină credite garantate real cu acele bunuri”²¹⁴.

Un al motiv de ordine juridică rezultă din împrejurarea că, permițându-se crearea, cu privire la bunurile transmise, a unei ordini succesoriale în folosul generației viitoare, s-ar permite în realitate ca dispunătorul inițial să facă, în privința bunurilor transmise, testamentul primului gratificat (sau testamentul gratificaților succesivi în situația în care substituția fideicomisară este veșnică) ceea ce ar fi contrar atât principiului potrivit căruia nimeni nu poate dispune pentru cazul morții altei persoane²¹⁵ cât și caracterului esențialmente personal al testamentului²¹⁶. Astfel s-a afirmat în doctrină²¹⁷ că dacă se admite că testatorul sau donatorul poate, prin simpla lui voință, să rânduiască devoluțiunea unor bunuri din generație în generație, înlăturând în acest mod voința propriilor moștenitori, „atunci testamentul nu mai este un act unilateral și personal, ci un act în numele altora, ceea ce este străin de firea lucrurilor”.

În al patrulea rând, datorită obligației de a transmite la moartea sa bunurile inalienabile pe care le-a moștenit, s-a considerat că instituitul are practic statutul unui uzufructuar. Din punct de vedere economic, el nu ar mai avea interesul „de a îmbunătăți calitățile aceluși bun, ci doar de a-l exploata în mod sălbatic, existând riscul diminuării valorii sale”²¹⁸. Privitor la acest aspect, în doctrina franceză de la sfârșitul secolului al XIX-lea²¹⁹ s-a arătat că : „Substituțiile pot fi criticate din punct de vedere economic; ele imobilizează bunurile. Acestea din urmă sunt anulate ca mijloace de credit; creditorii celui grevat nu pot, sub nicio formă, să țină seama de bunurile cuprinse în substituție, pentru că aceste bunuri nu formează obiectul dreptului lor de gaj general. Când terenurile sunt transmise fără substituție, proprietarul le conservă și le crește valoarea, dacă are capacitatea necesară; [...] Din contră, grevatul cu o substituție, fie că este capabil sau incapabil, rămâne în posesie în dauna averii publice. De altfel, grevatul nu este decât un uzufructuar, astfel, interesul său nu este să amelioreze bunurile, ci să le facă să producă cât mai mult posibil, chiar cu riscul de a le diminua valoarea”.

V.2. Sancțiunea încălcării prohibiției

Argumentele menționate anterior ne ajută să înțelegem care au fost rațiunile care l-au determinat pe legiuitorul român de la 1864 să adopte o poziție radicală și să nu a admită nicio excepție de la prohibiția substituțiilor fideicomisare²²⁰. În cazul în care interdicția a fost încălcată, art. 803 Cod civil de la 1864 sancționează cu nulitatea nu numai cea de-a doua liberalitate făcută substituitului, dar și cea prevăzută în favoarea instituitului potrivit adagiului *tam quod substitutum quam*

*quod institutum*²²¹. Astfel s-a decis că „legatul făcut sub condițiune de perpetuă inalienabilitate și cu îndatorirea de a conserva și transmite, constituie o adevărată substituțiune prohibită de lege prin art. 803. Prin urmare, curtea, departe de a viola legea, se conformă prescripțiilor ei, anulând în totul dispozițiunea testamentară privitoare la acest legat”²²².

Această severitate a legii se explică prin teama legiuitorului că grevatul, „din scrupul de conștiință, să nu aducă benevol la îndeplinire voința autorului unei liberalități, executând substituția fideicomisară”²²³. Pe de altă parte, soluția legiuitorului a fost impusă și de imposibilitatea divizării celor două liberalități, fără a se interverti voința testatorului²²⁴.

Nulitatea se aplică și în situația în care substituția fideicomisară ar rezulta din două acte distincte, în măsura în care ele alcătuiesc un tot indivizibil²²⁵. Este posibil ca un testament să cuprindă nu numai o substituție fideicomisară ci și alte clauze care să fie în conformitate cu dispozițiile legale. Într-o astfel de situație liberalitatea va fi lovită de *nulitate absolută și parțială*, adică doar în măsura clauzei ce conține substituția fideicomisară²²⁶. De exemplu, dacă un legatar universal este obligat să conserve și să remită unei a treia persoane un bun individual determinat, legatul este nul doar în privința aceluia bun, care urmează să le revină moștenitorilor; „vocația universală a legatarului devine nulă în privința bunului ce formează obiectul substituției, dar rămâne valabilă în privința restului bunurilor din universalitate, deoarece nu testamentul, ci dispoziția în cauză este nulă”²²⁷. În acest sens în jurisprudență a statuat că, în situația în care „un testament conține, în afară de dispoziția care constituie o substituție fideicomisară și alte dispozițiuni de legate și întrucât legea nu anulează decât dispoziția testamentară care constituie substituția fideicomisarie, iar nu și pe celelalte dispoziții de legate, și care nefiind contrare legii nu trebuie anulate, testamentul nu poate fi anulat în întregime, ci numai în privința acelei dispoziții”²²⁸.

Nulitatea prevăzută de art. 803 este o nulitate absolută, de ordine publică²²⁹, formularea textului art. 803 nelăsând nicio îndoială asupra caracterului nulității. În consecință nulitatea nu este susceptibilă de confirmare sau ratificare expresă sau tacită de către vreuna din părți. De asemenea, recunoașterea sau executarea voluntară a unei asemenea dispoziții sancționată cu nulitate absolută nu produce niciun efect juridic, ceea ce înseamnă că „partea ce a recunoscut-o sau a executat-o este oricând în drept să invoce nulitatea ei”²³⁰. Moștenitorii legali, chiar și în astfel de ipoteze și-ar păstra acțiunea în nulitate împotriva gratificațiilor²³¹.

Nulitatea nu poate fi acoperită nici prin renunțarea de către unul din legatari la legat, întrucât nulitatea dispoziției testamentare, ce cuprinde o substituție fideicomisară, este apreciată prin raportare la data deschiderii moștenirii. Așadar,

ambele liberalități fiind nule de la data deschiderii moștenirii, renunțarea ar fi lipsită de obiect²³².

Se naște întrebarea cui profită această nulitate? Ca regulă, dacă o dispoziție testamentară este nulă, deoarece conține o substituție fideicomisară, bunul la care se referă va reveni moștenitorilor legali ai dispunătorului²³³, adică îi profită aceluia care ar fi cules bunul transmis dacă substituția nu ar fi existat. Deci dacă însuși legatul universal este afectat de o substituție fideicomisară, el fiind nul, profită moștenitorilor legali. Dacă un moștenitor are calitatea de instituit, el va lua bunurile autorului său dar este liberat de sarcina de a executa substituția, iar dacă moștenitorul joacă rolul de substituit, nulitatea dispoziției îl va face să primească imediat bunurile substituie, în calitate de moștenitor legitim. „De aceea art. 803 nu pronunță nulitatea instituției și substituției decât în privința donatarului, erdedelui numit și legatarului, nu însă și în privința moștenitorului *ab intestato*”²³⁴.

Dacă testamentul conține, pe lângă un legat universal și un legat particular, afectat de o substituție fideicomisară, nulitatea legatului particular va profita legatarului universal și nu moștenitorilor legali²³⁵, în limita cotelor disponibile dacă există rezervari, deoarece „instituirea de legatar universal înseamnă excluderea moștenirii *ab intestato*”²³⁶. De exemplu, testatorul instituie legatar universal pe Primus și, în același timp îl gratifică pe Secundus cu un imobil, cu obligația pentru acesta din urmă de a-l conserva și de a-l transmite, la decesul său lui Tertius. Dispoziția, lovită de nulitate, deoarece cuprinde o substituție fideicomisară, privește doar legatul particular lăsat lui Tertius, prin urmare de acest imobil va profita Primus, legatar universal, deoarece acesta are vocație universală la întreaga moștenire.

Invers, dacă testamentul cuprinde un legat universal prin care testatorul lasă întreaga avere unei persoane cu obligația de a o conserva și de a o remite unei a treia persoane, și un legat cu titlu particular pur și simplu, s-a considerat că legatul universal va fi lovit de nulitate absolută, însă legatul particular va fi perfect valabil²³⁷, bineînțeles în măsura în care are un caracter independent față de legatul universal ca și cum ar fi prevăzute în două testamente distincte²³⁸.

În practica judecătorească recentă²³⁹ s-a constatat nulitatea absolută a unui legat cu titlu particular pe motivul existenței unei substituții fideicomisare, însă a fost menținut un alt legat cu titlu particular, în condițiile în care ambele legate erau inserate în cadrul aceluiași testament. Astfel, printr-un testament întocmit la 4 februarie 1998 au fost instituți doi legatari particulari. Un prim legat, instituit în favoarea lui A.A.E., nepot de soră, avea ca obiect un teren proprietatea testatorului. Printr-un al doilea legat a fost instituită legatar particular soția A.V. asupra apartamentului, aceasta având obligația să conserve apartamentul ce constituia obiectul legatului, pentru ca la decesul ei acesta să fie vândut, iar prețul

obținut să se împartă în două părți egale nepoților săi, D.R. și A.A.E. Instanța a statuat că această clauză „reprezintă o veritabilă substituție fideicomisară, întrucât testatorul a stabilit ordinea succesorală a bunurilor nu numai pentru propria sa moarte, ci și a reclamantei-pârâte pe care a gratificat-o, căreia îi înlocuiește practic voința. Potrivit art. 803 C.civ., substituția este sancționată cu nulitatea absolută, întrucât încalcă ordinea publică. Nulitatea este integrală, în sensul că desființează ambele liberalități, atât cea făcută reclamantei-pârâte, cât și cea făcută pârâtului-reclamant și numitului D.R.[...] Nulitatea substituției nu afectează însă validitatea celui alt legat cuprins în testament: cel prin care pârâtul-reclamant a fost instituit legatar cu titlu particular asupra terenului”. În concluzie, instanța a considerat că cele două legate nu sunt independente, motiv pentru care nulitatea ce decurge din art. 803 C.civ. nu afectează ambele legate ci doar pe acela ce conține o substituție fideicomisară prohibită de lege.

Există vreun mecanism care să permită validarea uneia din cele două liberalități? Răspunsul este afirmativ. În doctrină și în jurisprudența s-a admis înlăturarea nulității cu consecința menținerii uneia dintre liberalități dacă cealaltă liberalitate a devenit ineficace din cauze intervenite anterior datei deschiderii moștenirii dispunătorului²⁴⁰. Nulitatea va fi înlăturată dacă unul din cele două legate ar deveni caduc prin decesul unuia din gratificați, căci în acest caz „la moartea dispunătorului, adică la data când dreptul eventual al legatarului se preface într-un drept actual și născut, acel element obiectiv al substituției fideicomisare ce este coexistența a două liberalități dispăre, nemairămânând decât una singură dintre ele”²⁴¹. Dacă cel care decedează este substituitul, instituitul va dobândi, la deschiderea moștenirii (decesul testatorului) un legat liber de orice sarcini²⁴², iar dacă cel precedat este instituitul, va produce efecte numai liberalitatea consimțită în favoarea substituitului, însă de această dată ca liberalitate directă²⁴³.

Pentru același motiv se admite menținerea uneia dintre liberalități în ipoteza în care cealaltă a fost revocată sau este lovită de nulitate, însă pentru alte cauze decât cea prevăzută de art. 803 C. Civ²⁴⁴. Pentru identitate de rațiune are loc menținerea unei liberalități în cazul în care cel puțin una din cele două liberalități este sub condiție, iar la data când moștenirea se deschide, condiția nu se mai poate realiza²⁴⁵.

Este posibil în cuprinsul testamentului să fie inserată o clauză penală prin care testatorul să prevadă înlăturarea de la moștenire a acelor moștenitori care ar ataca cu acțiune în nulitate dispozițiile contrare art. 803 C.civ. de la 1864. O astfel de clauză prin care s-ar urmări obținerea aceluiași rezultat ca cel ce ar decurge dintr-o confirmare este lovită de nulitate absolută, astfel încât „exheredarea-sanctiune nu poate să îi împiedice pe moștenitori să ceară constatarea nulității dispozițiilor testamentare contrare ordinii publice sau bunelor moravuri”²⁴⁶.

În acest sens, în practica judiciară s-a statuat că „validitatea intrinsecă a dispozițiilor testamentare va trebui să fie apreciată în conformitate cu situația reală existentă la momentul morții testatorului și că dispozițiunile prin care se sancționează cu nulitatea substituțiile fideicomisare își găsesc aplicarea la acest moment, adică atunci când încep să se producă efectele. Ca atare, întrucât la decesul testatorului instituita testamentară era precedată, testamentul care a prevăzut o substituție fideicomisară este valabil, pentru că nu mai există dublă liberalitate succesivă, ci doar o liberalitate simplă în favoarea substituitului”²⁴⁷

Se mai impune o singură mențiune și anume faptul că nulitate absolută care intervine în cazul încălcării prohibiției prevăzute de art. 803 Cod civil de la 1864 „poate fi ridicată de orice persoană interesată”²⁴⁸, inclusiv din oficiu de instanța de judecată, iar „acțiunea prin care se tinde la declararea acelei nulități nu se poate prescrie”²⁴⁹. Cu toate acestea, dacă liberalitatea a fost executată, acțiunea în restituirea obiectului liberalității se prescrie în termen de 3 ani²⁵⁰.

VI. PROHIBIȚIILE ÎNTRE NOUL ȘI VECHIUL COD CIVIL

VI.1. Noțiune

Noul Cod Civil reglementează substituțiile fideicomisare în Cartea a IV-a „Despre moștenire și liberalități”, Titlul III „Liberalitățile”, Secțiunea a III-a „Substituțiile fideicomisare”, art. 993-1000.

În cuprinsul art. 993 se precizează că: „Dispoziția prin care o persoană, denumită instituit, este însărcinată să administreze bunul sau bunurile care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui terț, denumit substituit, desemnat de dispunător, nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege.”. Teza a II-a a art. 993 cuprinde o derogare de la nulitatea absolută a substituției fideicomisare care era prevăzută în Codul civil de la 1864.

În art. 994 alin. 1 din noul Cod Civil ni se oferă o definiție a substituției fideicomisare: „O liberalitate poate fi grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a administra bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător.”. Comparativ, regimul juridic al substituției fideicomisare din Codul Civil e răsturnat, noul Cod Civil permite substituția fideicomisară, ba chiar îi conferă un veritabil regim juridic în art. 995-1000.

Aparent există o evidentă contradictorialitate între art. 993 și art.994 NCCiv, deoarece din lecturarea art. 994 ar rezulta că principiul este cel înscris în acest text de lege, adică substituțiile fideicomisare sunt permise de lege în favoarea oricărei persoane.

De unde rezultă contradicția între cele două articole? În încercarea de a da un răspuns acestei întrebări am analizat unele dispoziții care, este posibil, să fi constituit sursa de inspirație a legiuitorului român. Așa cum s-a menționat chiar de către legiuitorul român, în expunerea de motive, cât și în Hotărârea Guvernului nr. 277 din 11 martie 2009 pentru aprobarea Tezelor prelabile ale proiectului de lege – Codul civil, recodificarea dreptului civil român s-a realizat cu sprijinul legislațiilor moderne, și anume: Codul civil francez, Codul civil al provinciei Quebec, Codurile civile italian, spaniol, elvețian, german, brazilian²⁵¹. Reglementările Codului civil francez ar putea să ne ofere un răspuns. Este vorba de art. 896 și 1048 din Cod civil francez (modificate prin legea 728 din 23 iunie 2006²⁵²).

Cod civil francez interzicea, cu titlu de principiu substituțiile fideicomisare, interdicție instituită în cuprinsul art. 896: „Orice dispoziție prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și de a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privința donatorului, a eredelui instituit sau a legatarului”²⁵³; substituțiile fideicomisare era admise, cu titlu excepțional de vechile art. 1048-1074, care formau un capitol distinct intitulat „Dispoziții permise în favoarea nepoților donatorului sau testatorului sau în favoarea copiilor fraților și surorilor”. Literatura franceză a propus suprimarea instituției substituțiilor fideicomisare, care apărea ca desuetă, în condițiile în care teama de o aristocrație latifundiară este ea însăși depășită, astăzi, la peste două secole de la Revoluția franceză, iar substituțiile pot apărea utile realităților societății moderne.

În acest context, proiectul de modificare a Codului civil francez a propus autorizarea expresă a liberalităților graduale (expresie folosită în locul celei de substituție fideicomisară), urmând însă a fi menținut principiu prohibiției substituțiilor, cu excepția cazurilor în care liberalitățile graduale sunt autorizate de lege. Prin urmare art. 896 are în prezent următorul conținut: „dispoziția prin care o persoană este însărcinată să conserve și să remită (obiectul liberalității s.n.) unui terț nu produce efecte decât în cazul în care este autorizată de lege”²⁵⁴. Cazurile în care liberalitățile sunt autorizate de lege sunt prevăzute la art. 1048²⁵⁵: “O liberalitate poate fi grevată cu o sarcină constând în obligația pentru donatar sau legatar de a conserva bunurile sau drepturile ce constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, unui al doilea gratificat, prevăzut în act” (donața sau liberalitatea s.n.).

După cum se prevede și în proiectul de lege a codului civil francez, comisia a preferat, ținând cont de atingerile aduse prin intermediul substituțiilor fideicomisare principiului liberei circulații a bunurilor, să mențină, prin intermediul art. 896 Cod civil francez, principiu prohibiției substituțiilor fideicomisare, “cu excepția cazurilor - de acum înainte foarte numeroase - în care ele sunt autorizate de lege”²⁵⁶. S-a arătat că substituțiile fideicomisare au rolul de a proteja ansamblul familiei

dispunătorului de acei moștenitori risipitori și incompetenți care ar putea să lase în sărăcie o serie de alte rude. Dar cu toate acestea substituțiile fideicomisare, așa cum a precizat profesorul Michel Grimaldi prezintă: „inconvenientul economic foarte serios de a plasa bunurile în afara comerțului și de a crea astfel o situație de mână moartă. Fiind incesibile, bunurile sunt expuse riscului unei exploatare abuzive și neglijente; fiind insesizabile, bunurile nu pot să constituie un instrument de credit. Or, circulația bunurilor și creditului sunt indispensabile unei economii liberale”²⁵⁷.

Este foarte posibil ca aceleași rațiuni să le fi avut în vedere și legiuitorul român la momentul la care a redactat dispozițiile art. 993 și 994 din noul Cod Civil. Așadar, din punctul nostru de vedere și având la baza argumentele invocate anterior, considerăm că principiul rămâne cel al interdicției substituțiilor fideicomisare prevăzut la art. 993, acestea fiind permise doar în cazurile în care sunt autorizate de lege (adică în limitele prevăzute de art. 995-1000). Coroborând dispozițiile art. 993 cu textul art. 994 și 996 alin. 3, “se poate observa că legiuitorul validează doar substituția fideicomisară simplă, unica și neperpetuă, adică aceea prin care dispunătorul stabilește un singur substituit, fără să existe posibilitatea obligării acestuia la administrarea bunurilor primite și la transmiterea lor, la decesul său, către un al doilea substituit desemnat de dispunător”²⁵⁸.

Conform unei alte păreri s-a considerat că “ceea ce diferențiază substituția fideicomisară (permisă de lege) de liberalitatea prevăzută la art. 993 C. civ. (prohibită de lege) este momentul transferului bunului către substituit, în timpul vieții sau la moartea instituitului”²⁵⁹, prin urmare s-a precizat că este interzis legatul prin care testatorul dispune de patrimoniul său “în favoarea succesivă a doi legatari (instituitul fiind obligat să administreze și să le transmită, apoi în timpul vieții, substituitului). Considerăm că o astfel de interpretare nu poate fi acceptată deoarece dacă instituitul ar fi obligat să administreze bunurile și apoi să le transmită unei alte persoane în timpul vieții ei, am fi în prezența unui fideicomis sau legat cu sarcini, recunoscut ca valabil în cuprinsul art. 989 alin 4:”Este valabilă liberalitatea făcută unei persoane desemnate de dispunător, cu o sarcină în favoarea unei persoane alese fie de gratificat, fie de un terț desemnat, la rândul său, tot de către dispunător”. În cuprinsul cărții sale (apărută pentru prima dată în 1921), Matei Cantacuzino preciza că „substituția fideicomisară prohibită de art. 803 se distinge de fideicomisul simplu prin aceea că pe când fideicomisul simplu constituie o liberalitate unică către adevăratul beneficiar prin intermediul funciarului, care nu joacă decât rolul unui mandatar, din contră substituția fideicomisară cuprinde două liberalități succesive având ca obiect același drept către doi beneficiari, din care primul numit grevatul sau rânduitul nu mai e un simplu mandatar ci e beneficiar în primul rând, cu sarcina de a păstra dreptul transmis, și de a-l lăsa la moartea lui către al doilea beneficiar, numit chematul

sau subrânduitul, care culege dreptul transmis de la primul rânduitor, însă în puterea voinței inițiale a dispunătorului [...]”²⁶⁰. În același sens s-a considerat că nu trebuie confundată substituția fideicomisară cu donația prin persoană interpusă, căci pe când instituitul devine deplin proprietar al bunului, cu sarcina de a-l transmite substituitului, “persoana interpusă n-are rol decât de mandatar”²⁶¹.

Așadar, nu putem admite că singura distincție între art. 993 și art. 994 ar fi momentul transferului bunului către substituit, deoarece în ipoteza în care testatorul dispune în favoarea a doi legatari, dintre care primul are obligația să administreze bunul primit și să-l transmită în timpul vieții sale unui al doilea legatar desemnat tot de testator, pur și simplu nu mai suntem în prezența unei duble liberalități, instituitul în această ipoteză având doar rolul unui mandatar, unui intermediar, a unei persoane de legătură.

Sancțiunea nulității unei astfel de liberalități, prin care instituitul ar fi obligat să administreze bunurile și să le transmită apoi, în timpul vieții sale, substituitului (cea pe care autorul²⁶² consideră că a fost inserată prin art. 993) nu credem că poate fi aplicată având în vedere și dispozițiile art. 989 alin 2: „Persoana care nu există la data întocmirii liberalității poate beneficia de o liberalitate dacă aceasta este făcută în favoarea unei persoane capabile, cu sarcina pentru aceasta din urmă de a transmite beneficiarului obiectul liberalității îndată ce va fi posibil”. Dacă textul de lege conferă posibilitatea de a transmite bunurile unei persoane, cu sarcina pentru aceasta din urmă de a le transmite unei persoane care nici măcar nu era concepută la momentul actului de liberalitate, cu atât mai mult considerăm că ar fi valabilă o liberalitate prin intermediar în situația în care adevăratul beneficiar ar fi în viață.

Revenind la definiția substituției fideicomisare, aceasta poate fi definită și în actuala reglementare ca fiind dispoziția inserată într-o liberalitate, donație sau testament, prin care dispunătorul îl însărcinează pe beneficiarul liberalității (legatar sau donatar), numit instituit sau grevat/fiduciar, să administreze bunurile primite și să le transmită, în tot sau în parte, la moartea sa, unei alte persoane, numită substituit sau fideicomisar, desemnată tot de către dispunător²⁶³. Comparând dispoziția din vechea reglementare cu cea din noul Cod Civil, observăm că această instituție juridică beneficiază, în ambele reglementări, în mare măsură de aceeași definiție. „Spre deosebire însă de vechea reglementare, în lumina căreia instituitul avea obligația de a conserva bunurile vizate de liberalități, noul Cod Civil instituie în sarcina legatarului/donatarului obligația de a administra bunurile cu care acesta a fost gratificat”²⁶⁴. Menționăm faptul că art. 993 a fost modificat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, publicată în Monitorul Oficial al României, partea I, nr. 409 din 10 iunie 2011. Forma inițială a textului era următoarea: “Dispoziția prin care o persoană, numită instituit, este obligată să conserve

bunul care constituie obiectul liberalității și să îl transmită unui terț, numit substituit, desemnat de dispunător, nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege”²⁶⁵, prin urmare această distincție a apărut doar odată cu legea de 71/2011.

Potrivit art. 795 noul Cod Civil „persoana împuternicită cu administrarea simplă este ținută să efectueze toate actele necesare pentru conservarea bunurilor, precum și actele utile pentru ca acestea să poată fi folosite conform destinației lor obișnuite”. Instituitul are, în virtutea noului Cod civil posibilitatea să realizeze atât acte de conservare cât și acte utile, care permit folosirea bunurilor ce formează obiectul substituției fideicomisare, potrivit destinației lor obișnuite.

VI.2. Condițiile substituției fideicomisare

Pentru a fi în prezența unei substituții fideicomisare trebuie îndeplinite anumite condiții. În primul rând se cere ca dispunătorul să fi făcut două liberalități succesive²⁶⁶, cu același obiect, către două persoane. Prima liberalitate se execută, în ipoteza în care a fost realizată prin intermediul unei donații, la data încheierii contractului, iar în cazul în care dispunătorul a dispus prin testament, la moartea dispunătorului²⁶⁷. Având în vedere că noul Cod Civil a admis valabilitatea substituțiilor fideicomisare, prezintă importanța deosebită reluarea discuției²⁶⁸ cu privire la actul care generează drepturile în patrimoniul instituitului și în cel al substituitului. Astfel, noul Cod Civil prevede expres în art. 996 alin 2 că „substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității ca efect al voinței dispunătorului”, ceea ce înseamnă că atât instituitul cât și substituitul trebuie să fie capabili la data deschiderii moștenirii.

În lumina dispozițiilor art. 994 noul Cod Civil, incapacitățile de a dispune se apreciază în raport cu dispunătorul, iar cele de a primi în raport cu instituitul și cu substituitul²⁶⁹. Prin urmare dispunătorul trebuie să fie capabil de a gratifica la data la care își exprimă consimțământul, prin contract de donație sau prin testament, iar instituitul trebuie să fie capabil de a primi la data deschiderii moștenirii dispunătorului, în situația în care substituția este cuprinsă într-o liberalitate mortis causa, respectiv la data la care acceptă donația, pentru ipoteza în care substituția e cuprinsă într-o liberalitate inter vivos.

În privința substituitul, de asemenea trebuie să facem distincție între situația în care substituția este cuprinsă într-o donație sau într-un legat. În cazul substituitului-donatar, el trebuie să aibă capacitate la momentul acceptării donației. În temeiul dispozițiilor art. 999 din noul Cod Civil care prevede că „Oferta de donație făcută substituitului poate fi acceptată de acesta și după decesul dispunătorului” s-a conchis că „poate compărea în calitate de substituit-donatar și o persoană neconcepută la data deschiderii moștenirii”²⁷⁰. Credem că legiuitorul a

dorit să prevadă prin această dispoziție o excepție de la prevederile art. 1186 noul Cod Civil care determină momentul și locul la care se consideră încheiat un contract, anume momentul și locul în care acceptarea ajunge la ofertant, chiar dacă acesta nu ia cunoștință de ea din motive care nu îi sunt imputabile. În ceea ce privește substituția fideicomisară, donația în favoarea substituitului se consideră încheiată chiar dacă acceptarea nu a ajuns la dispunător în timpul vieții acestuia, fiind acceptată ulterior acestui moment. S-a afirmat în doctrină că prin excepție de la dispoziția art. 1013 alin. 1 care prevede că decesul donatorului atrage caducitatea acceptării făcută de donatar după acest moment, art. 999 noul Cod civil instituie regula potrivit căreia există posibilitatea ca oferta de donație făcută substituitului să poată fi acceptată și după decesul dispunătorului. „Rațiunea acestui text este coerentă cu regula dobândirii obiectului fideicomisului de substituit de la dispunător și nu de la instituit și cu evidența nașterii drepturilor substituitului la data morții instituitului, ceea ce implică cel mai probabil, trecerea unei perioade lungi de timp, astfel încât există riscul ca dispunătorul să nu mai fie în viață și, prin aplicarea art. 1013 alin 1 noul Cod Civil, să intervină caducitatea acceptării donației de către donatar, fiind compromisă astfel, din start, existența substituției fideicomisare, ceea ce ar contraveni intenției legiuitorului”²⁷¹.

Substituitul-legatar trebuie să dețină capacitatea de a primi un legat la data deschiderii moștenirii dispunătorului, întrucât substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității direct din patrimoniul dispunătorului (art. 996 alin 2)²⁷².

Pentru a fi în prezența unei substituții fideicomisare este necesar să existe o dispoziție prin care instituitul să fie obligat să administreze bunul care formează obiectul liberalității și să-l transmită substituitului²⁷³. Proprietatea instituitului nu este una condițională, ci este una definitivă, doar inalienabilitatea sa este condiționată de predecesul față de substituit, ceea ce face ca îndeplinirea condiției să desființeze actele instituitului cu caracter retroactiv „însă nu datorită dispariției titlului acestuia ci fiindcă proprietatea sa devine una inalienabilă, pe când proprietatea substituitului este neafectată de modalități și dobândită de la dispunător”²⁷⁴.

Regimul bunurilor și al obligației de a administra bunurile este cel al fiduciarului²⁷⁵ deoarece în temeiul art. 994 alin 2 „instituitului i se aplică în mod corespunzător dispozițiile din prezentul cod referitoare la fiduciar”. Sunt aplicabile în materia substituțiilor fideicomisare doar acele dispoziții din materia fiduciei referitoare la crearea unei mase fiduciare precum și reglementările cu privire la dreptul/sarcina de a administra obiectul liberalității și de a-l transmite unei alte persoane²⁷⁶. „Conținutul obligației de administrare trebuie să fie conturat prin intermediul imperativului respectării unei exploatare a bunurilor compatibilă cu restituirea lor”²⁷⁷, în timp ce obligația de transmitere are un înțeles diferit față de cel comun, deoarece nu este vorba de o obligație de transfer al proprietății ci este

vorba despre simpla predare a bunurilor, care „la o analiză mai atentă, incumbă succesiunii instituitului și nu acestuia”²⁷⁸.

Se pune întrebarea care ar fi sancțiunea aplicabilă în situația în care instituitul nu-și respectă obligațiile impuse de dispunător. În ipoteza în care instituitul nu administrează în mod corespunzător bunurile, considerăm că sunt aplicabile dispozițiile referitoare la fiduciar, instituitul, la fel ca și fiduciarul are obligația să dea socoteală dispunătorului sau moștenitorilor acestuia cu privire la modul în care și-a îndeplinit obligația de administrare a bunurilor vizate de substituție, precum și obligația de a răspunde pentru orice prejudiciu cauzat bunurilor, indiferent dacă acestea au fost cauzate prin actele de conservare sau de administrare²⁷⁹.

Noul Cod Civil nu reglementează în conținutul dispozițiilor afectate substituțiilor fideicomisare o sancțiune pentru situația în care instituitul înstrăinează bunurile ce constituie obiectul substituției. Considerăm că într-o astfel de ipoteză își găsesc aplicarea sancțiunile din materia clauzei de inalienabilitate. Astfel, potrivit art. 629 noul Cod Civil, înstrăinătorul poate să ceară rezoluțiunea contractului în cazul încălcării clauzei de inalienabilitate de către dobânditor sau, în temeiul art. 2, atât înstrăinătorul, cât și terțul, dacă inalienabilitatea s-a stipulat în favoarea acestuia, pot să ceară anularea actului de înstrăinare subsecvent încheiat cu nerespectarea clauzei. Prin urmare, considerăm că atât dispunătorul (în cazul donației) cât și substituitul ar putea să ceară anularea actului încheiat de primul gratificat cu un terț, aceasta fiind o măsură de conservare pe care o poate lua substituitul; în caz contrar dreptul substituitului nu ar mai fi efectiv ci doar unul iluzoriu.

Art. 995 impune o cerință de opozabilitate și anume „dacă liberalitatea are ca obiect drepturi supuse formalităților de publicitate, sarcina trebuie să respecte aceleași formalități. În cazul imobilelor, sarcina este supusă notării în cartea funciară”. În condițiile în care sarcina care decurge din substituție este adusă la cunoștința terților în condițiile legii, dacă e bun imobil, prin înscrierea ei în CF, atunci se poate cere anularea actului pentru că acesta e opozabil față de terțul care a dobândit cu încălcarea prohibiției de înstrăinare. Dacă obiectul îl constituie un bun mobil, înstrăinat unui terț de bună credință, nu se mai poate cere anularea actului deoarece clauza de inalienabilitate nu îi este opozabilă, dar considerăm că instituitul, în această situație, ar putea fi obligat la daune interese.

„Executarea celei de a doua liberalități la decesului primului gratificat”²⁸⁰ constituie o a treia condiție necesară pentru existența unei substituții fideicomisare. Suntem în prezența substituției fideicomisare dacă dispunătorul stabilește ordinea succesorală (*ordo succesivus*) nu doar pentru cazul morții sale, ci și pentru cazul decesului primului gratificat²⁸¹. Nu există așadar substituție fideicomisară când a doua liberalitate își produce efectele la un moment din viața instituitului, căci „o astfel de dispoziție este o donație cu sarcină permisă de noul Cod Civil (art. 999

C.civ.)²⁸². În sens contrar s-a susținut că „dispoziția prin care instituitul este obligat să transmită bunul substituitului, în timpul vieții sale (și nu la data morții lui), nu constituie o substituție fideicomisară în sensul art. 994 alin 1 C.civ. și, în consecință, se supune dispozițiilor prohibitive ale art. 993 C. Civ.”²⁸³.

VI.3. Efectele substituțiilor fideicomisare permise de lege

Efectele substituției, în măsura în care acestea sunt permise de lege, sunt reglementate de noul Cod Civil în cuprinsul art. 995-999. Potrivit dispozițiilor art. 995 noul Cod Civil, substituția fideicomisară produce, cu privire la bunurile ce constituie obiectul liberalității, următoarele efecte juridice:

a. Sarcina impusă instituitului de a administra bunurile ce constituie obiectul liberalității și de a-l transmite, la decesul său, substituitului, produce efecte numai cu privire la bunurile care au constituit obiectul liberalității și care la data decesului instituitului pot fi identificate și se află în patrimoniul său (art. 995 alin1). Prin urmare, dacă la data decesului instituitului bunurile nu se mai găsesc în patrimoniul acestuia, substituitul nu le poate pretinde²⁸⁴, dar așa cum am arătat anterior, în măsura în care inexistența bunurilor se datorează faptei instituitului considerăm că substituitul ar fi îndreptățit la daune-interese. În vederea executării sarcinii, dispunătorul poate impune instituitului constituirea de garanții și încheierea unor contracte de asigurare (art. 997).

b. Atunci când liberalitatea are ca obiect valori mobiliare, sarcina administrării și transmiterii acestora produce efecte și asupra valorilor mobiliare care le înlocuiesc. Operează în acest caz o subrogație reală, care însă se aplică doar în cazul valorilor mobiliare nu și în cazul altor bunuri care ar constitui obiectul unei liberalități ce conține o substituție fideicomisară (art. 995 alin 2).

c. dacă liberalitatea are ca obiect drepturi supuse formalităților de publicitate, sarcina trebuie să respecte aceleași formalități. În cazul imobilelor, sarcina este supusă înscrierii în C.F. “Este valorificat astfel principiul simetriei formelor”²⁸⁵.

Noul Cod Civil prevede expres care sunt drepturile părților. Conform reglementărilor în materie, drepturile substituitului se nasc la moartea instituitului (art. 996 alin1). Substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității ca efect al voinței dispunătorului (art. 996 alin 2); prin urmare bunurile se transmit în patrimoniul substituitului direct din patrimoniul dispunătorului, considerându-se că acestea nu au tranzitat niciodată patrimoniul instituitului. Prin urmare în ceea ce privește obligația instituitului prevăzută la art. 994 de a “transmite” trebuie înțeleasă în sensul de a preda bunul și nu de a transmite dreptul de proprietate, care operează automat la data decesului instituitului cu privire la bunurile care se găsesc în patrimoniul acestuia la acea dată.

Substituitul nu poate fi, la rândul său, supus obligației de administrare și de transmitere a bunurilor. Alin. 3 al art. 996 are rolul de a delimita sfera de aplicare a substituției fideicomisare prin interzicerea transformării substituitului într-un nou instituit obligat la administrare și transmitere a obiectului liberalității. În doctrina s-a considerat că liberalitatea graduală nu este nulă în întregime, ci doar în privința liberalităților ce depășesc prima substituție, “atât timp cât nu reiese în mod indubitabil condiționarea existenței intenției liberale a dispunătorului de executarea către toți beneficiarii”²⁸⁶. În lumina dispozițiilor Noului Cod civil sunt permise de art. 994 substituțiile fideicomisare unice, însă sunt prohibite substituțiile fideicomisare graduale și cele veșnice.

Art. 998 reglementează ipoteza în care instituitul este moștenitor rezervatar și stabilește că în această situație sarcina transmiterii nu poate încălca rezerva sa succesorală. Având în vedere reglementarea tradițională a rezervei care prevede obligativitatea acordării acesteia liberă de orice sarcini, este evident că în situația în care instituitul este moștenitor rezervatar al dispunătorului, substituția fideicomisară se impută asupra cotității disponibile²⁸⁷. Astfel, dacă sarcina de a transmite încălcă cotitatea disponibilă instituitul poate cere reducere însă cu o condiție: dacă liberalitatea îmbracă forma unei donații, reducerea poate fi cerută doar la data deschiderii moștenirii dispunătorului deoarece numai în acel moment se poate stabili dacă a fost încălcată sau nu rezerva.

În situația în care una din liberalități este ineficace, fie datorită predecesului substituitului, fie pentru că acesta renunță la beneficiul liberalității, bunul îi revine instituitului cu excepția cazului în care s-a prevăzut că bunul va fi cules de moștenitorii substituitului ori a fost desemnat un al doilea substituit. Dacă instituitul renunță la beneficiul liberalității, în doctrină²⁸⁸ s-a considerat că trebuie distinse două ipoteze: dacă substituția fideicomisară este inserată într-o donație, neacceptarea donației de către substituit atrage ineficacitatea substituției pentru simplul motiv că nu mai există două liberalități; dacă substituția este inserată într-un testament, renunțarea la acesta trebuie să fie făcută în condițiile de drept comun, respectiv în interiorul termenului de 1 an calculat de la data deschiderii moștenirii dispunătorului. “Drept urmare, în termen de 1 an de la data deschiderii moștenirii dispunătorului, substituitul trebuie să accepte legatul, renunțarea acestuia în condițiile legii atrăgând caducitatea substituției, iar bunurile vizate de aceasta cuvenindu-se instituitului”²⁸⁹.

Chiar dacă substituitul precedează instituitului sau renunță la beneficiul liberalității, este posibil ca bunurile ce constituie obiectul substituției fideicomisare să revină moștenitorilor substituitului în măsura în care dispunătorul inserează în actul de dispoziție o clauză expresă în acest sens. Suntem din nou în prezența unei substituții fideicomisare, dar pentru ca această substituție să fie una licită, adică să intre în câmpul de acțiune al art. 994, este necesar ca dispunătorul să îl

desemneze pe cel de-al doilea substituit cu titlu de alternativă și nu ca substituit al primului substituit (substituție fideicomisară graduală prohibită de art. 993).²⁹⁰

Prin consacarea acestei soluții, legiuitorul recunoaște în același timp valabilitatea substituțiilor vulgare, care erau reglementate expres de Codul Civil de la 1864 prin art. 804, în sensul că dispunătorul îl obligă pe instituit să administreze bunurile primite și să le transmită la moartea sa substituitului, iar dacă acesta nu vrea sau nu poate să beneficieze de liberalitate, dispunătorul stabilește un al doilea gratificat care să beneficieze de liberalitate, acesta putând fi moștenitorul substituitului sau o terță persoană. Suntem, în realitate, în prezența unei substituții vulgare-fideicomisare, concepută ca o modalitate de prevedere pentru situația în care substituitul nu ar dori sau nu ar putea să accepte liberalitatea, dispunătorul stabilind o liberalitate alternativă în favoarea moștenitorilor substituitului sau unor terțe persoane, făcută sub condiția suspensivă a ineficacității celei instituite în favoarea substituitului²⁹¹.

CONCLUZII

Substituțiile fideicomisare își au originea în dreptul roman, unde reprezentau un mijloc de organizare a transmisiunii averii dispunătorului după bunul său plac. *Pater familias* avea puterea să hotărască ce se va întâmpla cu bunurile sale după moarte, alegând modul lor de folosire și destinația acestora după momentul morții sale. Astfel substituția era o modalitate juridică prin care *de cuius*, normativ vorbind, rămânea în sânul familiei sale, sfidând, într-un fel legile naturii atât de stricte și cu privire la care nu existau excepții²⁹².

În epoca feudală, fideicomisele au fost larg răspândite în Europa și ele urmăreau păstrarea bunurilor în cadrul aceleiași familii. Substituțiile fideicomisare, așa cum am menționat și în cuprinsul lucrării, erau recunoscute ca valabile și de legiurile românești din perioada feudală.

Legiuitorul Codului civil român de la 1864 a adoptat o poziție diametral opusă, interzicând categoric substituțiile fideicomisare. Spre deosebire de legislația franceză (Codul civil francez de la 1804), Codul civil român nu admite nicio excepție de la principiul prohibiției, ceea ce face ca interdicția să fie una absolută: „Substituțiile sau fideicomisele sunt prohibite; orice dispoziții prin care donatarul, eredele instituit sau legatarul va fi însărcinat de a conserva și a remite la o a treia persoană, va fi nulă, chiar în privirea donatarului, a eredelui numit sau a legatarului”²⁹³ (art. 803 Cod civil de la 1864). De la adoptarea codului instanțele judecătorești s-au străduit constant să restrângă sfera de aplicare a dispozițiilor art. 803 și au interpretat permisiv dispozițiile testamentare. Prin aplicarea principiului conform căruia actul juridic trebuie interpretat

mai degrabă în sensul validității decât în cel al nulității (*potius ut valeant, quam ut pereant*), instanțele de judecată au analizat substituția fideicomisară într-un dublu legat de uzufruct și nudă proprietate sau într-un dublu legat condițional sau au invocat faptul că obligația de conservare și de remitere a bunului nu este prevăzută expres, considerând dispoziția ca o simplă rugămintă sau recomandare a dispunătorului, cu scopul validării dispoziției²⁹⁴.

Dacă în dreptul roman se acorda o mai mare importanță voinței individuale, odată cu adoptarea Codului Civil de la 1864 balanța înclină spre protejarea interesului general.

Considerăm că noul Cod Civil a încercat o conciliere a celor două perspective diametral opuse reliefate anterior, menținând astfel un echilibru între necesitatea respectării voinței lui *de cuius* și protejarea interesului general.

Astfel noul Cod Civil menține principiul prohibiției substituțiilor fideicomisare, însă validează substituția fideicomisară simplă, unica și neperpetuă, adică aceea prin care dispunătorul stabilește un singur substituit, fără să existe posibilitatea obligării acestuia la administrarea bunurilor primite și la transmiterea lor, la decesul său, către un al doilea substituit desemnat de dispunător²⁹⁵. Ca un răspuns la întrebarea adresată la începutul lucrării, putem spune că, în conformitate cu dispozițiile noului Cod Civil, nu are loc o “eternizare” a voinței lui *de cuius* deoarece, chiar dacă sunt permise substituțiile fideicomisare unice, sunt prohibite substituțiile fideicomisare graduale și cele veșnice.

Recunoașterea valabilității substituțiilor fideicomisare unice pare să fie în conformitate cu regula conform căreia un bun poate fi declarat inalienabil prin voința părților numai pe o perioadă determinată de timp, însă inalienabilitatea se poate declara doar dacă se face dovada unui interes serios și legitim. Acest interes ar putea fi reprezentat tocmai de necesitatea respectării voinței lui *de cuius*, de necesitatea respectării voinței individuale.

Noile prevederi pun înaintea normelor juridice voința lui *de cuius*, acordându-se o mai mare libertate de voință celui ce urmează să testeze. Deși vor exista discuții asupra pertinentei recunoașterii valabilității, în anumite limite, a substituțiilor fideicomisare²⁹⁶, considerăm că noul Cod Civil a adus modificări pozitive în materia dreptului succesoral, reușind să instituie noi soluții pentru modernizarea unui domeniu cunoscut drept „reținut” la elementele de noutate.

BIBLIOGRAFIE

I. MONOGRAFII SI TRATATE

1. Alexandresco Dimitrie, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. IV, partea a II-a, București, 1914.
2. Bacaci Alexandru, Comăniță Gheorghe, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2006.
3. Bocșan Mircea Dan, *Testamentul-evoluția testamentară în dreptul roman*, Editura Lumina Lex, București, 2000.
4. Bocșan Mircea Dan, *Practică testamentară - jurisprudență română 1865-2002* ediția a 2-a, Editura Rosetti, București, 2003.
5. Baias Flavius-Antoniou, Chelaru Eugen, Constantinovici Rodica, Macovei Ioan, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2012.
6. Cantacuzino Matei, *Elementele dreptului civil*, Editura All Educational, București, 1998.
7. Cârpenaru Stanciu, *Dreptul de moștenire*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1982.
8. Chirică Dan, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Editura Rosetti, București, 2003.
9. Ciucă Valerius, *Lección de drept roman*, Editura Polirom, Iași, 2001.
10. Ciutacu Florin, *Drept civil român. Devoluțiunea succesorală legală și testamentară. Culegere de spețe. Modele de acte juridice în materie succesorală. Modele de acțiuni civile în justiție*, Editura Roleris, București, 2001.
11. Deak Francisc, *Tratat de drept succesoral* ediția a 2-a, Editura Universul Juridic, București, 2002.
12. Dogaru Ion, Stănescu Vasile, *Bazele dreptului civil. Volumul V. Succesiuni*, Editura C.H.Beck, București, 2009.
13. Eliescu Mihail, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste, București, 1966.
14. Genoiu Ilioaara, *Dreptul la moștenire in noul Cod Civil*, Editura C.H. Beck, București, 2012.
15. Genoiu Ilioaara, *Drept succesoral*, Editura C.H. Beck, București, 2008.
16. Grimaldi Michel, *Droit civil. Liberalites. Partages d'ascendants*, Ed. Litec, Paris, 2000.
17. Grimaldi Michel, *Droit civil. Successions*, Ed. Litec, Paris, 1996.
18. Hamangiu Constantin, Georgean Nicolae, *Codul civil adnotat*, Editura All Beck, București, 1999.
19. Hamangiu Constantin, Rosetti-Bălănescu Ioan, Băicoianu Alexandru, *Tratat de drept civil român* vol.3, Editura All, București, 1998.
20. Hanga Vladimir, *Drept privat roman.Tratat*, Editura Didactică și pedagogică, București, 1977.
21. Lequette Yves, Terré François, *Droit civil: les successions, les liberalités*, Editura Dalloz, Paris, 1997.
22. Macovei Dumitru, Cadaru Iolanda Elena, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Junimea, Iași, 2005.
23. Muțiu Maria Ileana, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Paideia, București, 2004.
24. Planiol Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, tome troisième, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1908.

25. Plastara George, *Curs de drept civil român*, Vol. III, Cartea Românească, București, 1927.
26. Popescu Romeo, *Dreptul de moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Editura Universul Juridic, București, 2004.
27. Sâmbrian Teodor, *Instituții de drept roman*, Editura Sitech, Craiova, 2009.
28. Stănciulescu Liviu, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Hamangiu, București, 2012.
29. Văduva Dumitru, *Moștenirea legală. Liberalitățile*, Universul Juridic, București, 2012.

II. ARTICOLE DE SPECIALITATE

- Genoiu Iliora, *Substituțiile fideicomisare și liberalitățile reziduale în reglementarea Noului Cod civil*, în „Revista Română de drept privat”, nr. 3/2012.
- Goicovici Juanita, *Liberalitățile reziduale în reglementarea art. 1001-1005 din NCC*, în „Curierul Judiciar”, nr. 1/2011.
- Bere Diana, *Fundamentele rezervei succesoriale*, în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai”, nr. 3/2009.
- Bocșan Mircea Dan, *Sentința civilă 4196/2 aprilie 2001. Notă critică*, în „Pandectele Române”, nr. 2/2002.
- Buruiană Monica, Mihăilă Oana, *Substituția fideicomisară sau voința de dincolo de moarte*, prelegere susținută în cadrul Ceroului de hermeneutică juridică „Școala dreptului organic”.
- Rep. civ. Dalloz, avril 2008- *Substitution*, par Jean Herail.
- Stoica V., Dragu I. – *Natura juridica a substituțiilor fideicomisare*, în Analele “Universității Constantin Brâncuși” Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, nr. 2/2002.

III. ALTE SURSE

- <http://www.codulcivil.ro>
- <http://www.codurile.ro>
- <http://www.cjo.ro/coduri-de-drept/codul-civil>.
- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- <http://www.juridice.ro/152502/influenta-codului-civil-din-quebec-asupra-noului-cod-civil-din-romania.html>.
- <http://scoaladreptuluiorganic.ro/aplicatii-metodologice/9.monica-buruiana-oana-mihaila-substitutia-fideicomisara-sau-vointa-de-dincolo-de-moarte.pdf>
- <http://www.senat.fr/rap/I05-343-1/I05-343-133.html>

* Studentă, anul IV, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; florinapoenar@yahoo.com.

- ¹ R. Popescu, *Dreptul de moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Editura Universul Juridic, București, 2004, p. 10.
- ² D. Bere, *Fundamentele rezervei succesoriale*, în „Studia Universitatis Babeș-Bolyai”, nr. 3/2009, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=310>
- ³ R. Popescu, *op. cit.*, p. 14.
- ⁴ M. E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară sau voința de dincolo de moarte*, prelegere susținută în cadrul Cercului de hermeneutică juridică „Școala dreptului organic”, <http://scoaladreptuluiorganic.ro/aplicatii-metodologice/9.monica-buruiana-oana-mihaila-substitutia-fideicomisara-sau-vointa-de-dincolo-de-moarte.pdf>.
- ⁵ Pentru detalii D. Chirică, *Liberalitățile ca specie a actelor juridice*, în „Revista română de drept privat”, nr. 4/2008.
- ⁶ M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Editura All Education, Timișoara, 1998.
- ⁷ M. Grimaldi, *Droit civil, Libéralités. Partages d’ascendants*, Litec, Paris, p.34.
- ⁸ Ibidem.
- ⁹ Ibidem.
- ¹⁰ Art. 650 din Codul civil de la 1864 prevedea că „succesiunea se deferă sau prin lege, sau după voința omului, prin testament”. O dispoziție asemănătoare regăsim în art. 955 alin. 1 din noul Cod civil : „patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament”.
- ¹¹ M. Grimaldi, *Droit civil, Libéralités. Partages d’ascendants*, Litec, Paris, p.34.
- ¹² M. Grimaldi, *op. cit.*, p.35.
- ¹³ D. Macovei, I. E. Cadariu, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Junimea, Iași 2005, p.169.
- ¹⁴ Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral* ediția a 2-a, Editura Universul Juridic, București, 2002, p.288.
- ¹⁵ M. I. Muțiu, *Drept civil. Succesiuni*, Editura Paideia, București, 2004, p.145 apud C. Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român* vol.3, Editura All, București, 1998, p.504.
- ¹⁶ S. Cărpenu, *Dreptul de moștenire*, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1982, p.59.
- ¹⁷ D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p.169.
- ¹⁸ V. Stoica, L. Dragu, *Natura juridică a substituțiilor fideicomisare*, în „Analele Universității Constantin Brâncuși Târgu Jiu”, Seria Științe Juridice, nr. 2/2002, p. 27.
- ¹⁹ M. D. Bocșan, *Testamentul - evoluția testamentară în dreptul roman*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 66.
- ²⁰ M. D. Bocșan, *op.cit.*, p. 67. În același sens: T. Sâmbrian, *Instituții de drept roman*, Editura Sitech, Craiova, 2009, p. 259: substituția de moștenitor „este, de fapt, o instituire condițională, întrucât depinde de prima instituire, respectiv de împrejurarea ca persoana instituită inițial ca moștenitor să predecedeze sau să refuze moștenirea ori să piardă testamenti factio passiva”.
- ²¹ M. D. Bocșan, *op.cit.*, p. 69.
- ²² A se vedea infra, capitolul III, p. 27.
- ²³ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, vol. IV, partea a II-a, p. 497.
- ²⁴ M. D. Bocșan, *op. cit.*, p. 73.
- ²⁵ T. Sâmbrian, *op. cit.*, p. 260.
- ²⁶ T. Sâmbrian, *op.cit.*, p. 260.
- ²⁷ M. E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară...*
- ²⁸ V. Hanga, *Drept privat roman. Tratat*, Vol. IV, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 341.
- ²⁹ V. Ciucă, *Lección de drept roman*, Editura Polirom, Iași, 2001, p.1104.
- ³⁰ M. D. Bocșan, *Practică testamentară - jurisprudență română 1865-2002*, ediția a 2-a, Editura Rosetti, București, 2003, p.107.

- ³¹ M. E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară...*
- ³² Ibidem. În același sens: A. Dimitrie, *Op. cit.*, vol. IV, partea a II-a, p. 500: „fideicomisul era o dispoziție prin care cineva lăsa unei persoane succesiunea întreagă sau o fracțiune din ea, ori un lucru determinat, cu rugămintea de a trece aceste bunuri unei alte persoane numită fideicomisarius”.
- ³³ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 501: „Origina fideicomiselor era foarte veche. Din capul locului însă ele nu erau obligatorii, pentru că o simplă rugămintă și chiar o recomandatie nu putea sa oblige la nimic. Executarea fideicomiselor era deci lăsată la probitatea, lealitatea și conștiința celui însărcinat cu aducerea lor la îndeplinire”.
- ³⁴ M. E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară...*
- ³⁵ M. D. Bocșan, *Testamentul...*, p. 108. În același sens: D. Alexandresco, *op. cit.*, p.503: „Un fideicomis putea fi lăsat nu numai prin testament, ci și ab intestato, printr-un codicil, față cu cinci martori și se putea deferi jurământ moștenitorului care refuza de a executa voința defunctului”.
- ³⁶ M. D. Bocșan, *Testamentul...*, p. 108.
- ³⁷ Ibidem.
- ³⁸ V. Ciucă, *op. cit.* p. 1104. Autorul precizează, de asemenea că: „la origine, fideicomisul (fiind fondat doar pe fides, raport de încredere) nu era recunoscut ca sursă de obligații (vinculum juris) și, pe cale de consecință, era aleatorie executarea sa”.
- ³⁹ T. Sâmbrian, *op.cit.*, p. 285.
- ⁴⁰ V. Ciucă, *op. cit.*, p. 1105.
- ⁴¹ V. Ciucă, *op. cit.*, p. 1107.
- ⁴² T. Sâmbrian, *op. cit.*, p. 285.
- ⁴³ Ibidem.
- ⁴⁴ M. Eliescu, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul Republicii socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste, București, 1966, p. 310.
- ⁴⁵ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 310.
- ⁴⁶ M. E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară...*
- ⁴⁷ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 310.
- ⁴⁸ V. Stoica, L. Dragu, *Natura juridică a substituțiilor ...*, p. 28.
- ⁴⁹ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 311.
- ⁵⁰ V. Stoica, L. Dragu, *Natura juridică a substituțiilor ...*, p. 29.
- ⁵¹ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 311.
- ⁵² F. Terré, Y. Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, 1997, p. 455: l'article 896 du code civil dispose: „Les substitutions sont prohibés. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le legataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du legataire”.
- ⁵³ M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Ed. Litec, Paris, 1996, p. 380: „Quand à l'appelé, il ne peut s'agir que d'un enfant du grevé (art. 1048 et 1049), donc soit d'un petit-enfant, soit d'un neveu ou d'une nièce du disposant.”
- ⁵⁴ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 311.
- ⁵⁵ M. E. Buruiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară...*
- ⁵⁶ I. Dogaru, V. Stănescu, *Bazele dreptului civil. Volumul V. Succesiuni*, Editura C.H.Beck, București, 2009, p. 186.
- ⁵⁷ <http://www.codurile.ro/articles/8/1/CODUL-CIVIL-din-26-noiembrie-1864-/Page1.html>.
- ⁵⁸ Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s.
- ⁵⁹ <http://www.codulcivil.ro/?s=994>.
- ⁶⁰ <http://www.cjo.ro/coduri-de-drept/codul-civil>.
- ⁶¹ Fr. Deak, *op. cit.*, p. 292-293.

- ⁶² M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 318. În același sens a se vedea Rép. Civ., Substitutions, nr. 117 s.: „La substitution peut s’analyser comme l’opération juridique en vertu de laquelle une personne (donateur ou testateur) gratifie une autre personne (grevé) à la charge pour celle-ci de conserver les biens donnés ou légués et de les transmettre à son décès à un tiers désigné à l’avance”.
- ⁶³ Notariatul de Stat Raion Moinești, Regiunea Bacău. Testament autentificat sub nr. 959/524 din 17 august 1957, publicat de Florin Ciutacu, *Drept civil român. Devoluțiunea succesorală legală și testamentară. Culegere de spețe. Modele de acte juridice în materie succesorală. Modele de acțiuni civile în justiție*, Editura Roleris, București, 2001, p. 62.
- ⁶⁴ C. Hamangiu, N. Georgean, *Codul civil adnotat*, Editura All Beck, București, 1999, sp. 27, p. 211.
- ⁶⁵ D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 173. În același sens a se vedea: I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 367.
- ⁶⁶ C. Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 668.
- ⁶⁷ *Ibidem*.
- ⁶⁸ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 368.
- ⁶⁹ D. Chirică, *op. cit.*, p. 124; F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 456; M. Grimaldi, *Droit civil. Successions...*, p. 366; În același sens: Apel Buc. III, 50, mart., 11/91, Dr. 26/91 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 29, p. 211: „Pentru a fi o substituțiune prohibită, trebuie:1) ca dispozițiunea să conțină două legături sau donațiuni a acelorași bunuri în plină proprietate, făcute în profitul a două persoane chemate la moștenire una după alta, în astfel de mod, ca proprietatea, după intențiunea celui care a dispus, să treacă succesiv de la una la alta, și cu dreptul celui chemat (substituitului) când se va deschide, să fie considerat că îl deține în mod indirect de la disponent, și prin intermediul persoanei gratificate în primul rând”.
- ⁷⁰ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 368.
- ⁷¹ Trib. Brăila, mai 91/83, Dr. 59/83 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 13, p. 209.
- ⁷² Cas. I, 103/mart. 13/84, B., p. 242 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 14, p. 209. În același sens Cas. I, 173/mai, 12/84, B., p. 408 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 15, p. 209; Trib. Ilfov I, C. Jud. 4/99 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 39, p. 213: „dacă dispozițiunea testamentară consistă în a se întrebuița de legatarul universal venitul întregii averi succesorale la crearea și întreținerea unui azil de infirmi, prin aceasta nu se afirmă și o transmisiune, adică o nouă instituire de legatar în favoarea aceluși azil și această dispozițiune nu poate fi considerată decât un legat sub modo, permis de lege”.
- ⁷³ Apel Focșani, I, 153, dec. 12/83, Dr. 24/84 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 16, p. 209.
- ⁷⁴ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 532
- ⁷⁵ C. Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 670: “jurisprudența a hotărât că există substituțiune dacă dispunătorul impune instituitului să transmită bunurile familiei sale (Cass.fr. 27 martie 1889, D.P. 90. 1. 254, S. 92.1. 455; 10 februarie 1891, D.P. 91.1. 294, S. 91. 1. 105-V. Și Cass. Fr. 16 februarie 1903, S.1903.1.401)”.
- ⁷⁶ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 531; D. Chirică, *op. cit.*, p. 125.
- ⁷⁷ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 369.
- ⁷⁸ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 525
- ⁷⁹ *Ibidem*, p. 533.
- ⁸⁰ Civ. 13 juin 1866, D.P., 1866.1.478; Cass. Req. 12 fevr. 1896, D.P.1896.1.545 citată de F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 457.
- ⁸¹ F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 457 apud Ripert et Boulanger, nr. 3880; Trasbot et Loussourn, nr. 303 contra M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 373.
- ⁸² F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 457.
- ⁸³ Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 369.
- ⁸⁴ D. Chirică, *op. cit.*, p. 130.
- ⁸⁵ D. Macovei, I. E. Cadariu, *op. cit.*, p. 174.
- ⁸⁶ D. Chirică, *op. cit.*, p. 130-131.

- ⁸⁷ D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 174. În același sens Al. Bocaci, G. Comăniță, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2006, p. 137.
- ⁸⁸ NCC prevede, de asemenea, la art. 957 că „o persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii. Dispozițiile art. 36, 53 și 208 sunt aplicabile”. Art. 36: „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu”.
- ⁸⁹ Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 669.
- ⁹⁰ *Ibidem*.
- ⁹¹ Cass. Fr. 28 februarie 1923, D.P. 1925.1.189, citată de Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p.669.
- ⁹² Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr.400/1978,C.D. 1978, p. 22 citată de I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 369 și recunoscută expres de NCC la art. 627.
- ⁹³ Al. Bocaci, G. Comăniță, *op. cit.*, p. 137.
- ⁹⁴ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 369. A se vedea Trib. Suprem, secția civilă, decizia nr. 672/1970, în Repertoriu II, p. 215-216, citată de Al. Bocaci, G. Comăniță, *op. cit.*, p. 137.
- ⁹⁵ Vom vedea că nu a existat un punct de vedere unitar cu privire la obligativitatea inserării exprese a obligației de conservare și transmitere a bunului către instituit.
- ⁹⁶ Cas. I, 123/apr. 1/81, B.p. 301, citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 10, p. 209.
- ⁹⁷ Cas. I, 99, mart., 18/92, B., p. 209 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 30, p. 211. În același sens: Apel Buc. I,150, oct. 24/91, Dr. 4/92.
- ⁹⁸ D. Chirică, *op. cit.*, p. 133.
- ⁹⁹ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 369.
- ¹⁰⁰ NCC aduce o modificare în acest sens, oferind posibilitatea persoanelor neconcepute să beneficieze de liberalități: „Art. 989 alin2: Persoana care nu există la data întocmirii liberalității poate beneficia de o liberalitate dacă aceasta este făcută în favoarea unei persoane capabile, cu sarcina pentru aceasta din urmă de a transmite beneficiarului obiectul liberalității îndată ce va fi posibil”.
- ¹⁰¹ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 542
- ¹⁰² I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 369.
- ¹⁰³ Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 671.
- ¹⁰⁴ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 316: „Jurisprudența burgheză însă a manifestat față de astfel de liberalități o nejustificată severitate: ea le-a asimilat substituțiilor prohibite, socotindu-le ca fiind absolut nule. Soluția este fără temeii, dar nu trebuie să surprindă. De data aceasta instanțele nu mai aveau să ajute familiile marilor capitaliști să păstreze, în fraudă legii, de-a lungul generațiilor, proprietatea neîmbucătățită asupra mijloacelor de producție. Nu mai era vorba decât de averi afectate unor scopuri filantropice, științifice, artistice etc., așa că tribunalele burgheze s-au putut arăta, fără teamă, necruțător de severe”.
- ¹⁰⁵ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 594
- ¹⁰⁶ Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s.
- ¹⁰⁷ Codul civil francez de la 1804 admitea o derogare (art. 1048 și 1049 din același act normativ): erau admise substituțiile fideicomisare făcute în folosul nepoților dispunătorului sau copiilor fraților și surorilor. A se vedea supra, capitolul I, pct. 1.2.2., p. 12.
- ¹⁰⁸ V. Stoica, L. Dragu, *Natura juridică a substituțiilor ...*, p. 32.
- ¹⁰⁹ Req. 18 mars 1844, DP.1844. 1. 345; Civ. 6mars 1912, S. 1914. 1. 399; Req. 5 juin 1918 et Civ. 10 juin 1918, DP. 1919.1.90, S. 1922. 1. 25, CA Paris, 14 juanv 1926, DP 1928. 2. 29 citate în Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s.
- ¹¹⁰ Aubry et Rau menționați în Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s.
- ¹¹¹ M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 383.
- ¹¹² M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 383.
- ¹¹³ Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s.

¹¹⁴ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 549

¹¹⁵ Civ. 1re, 6 mai 1997, nr. 94-15.510, Bull. civ. I, nr. 149, D.1997.483, rapp. J. Thierrz, RTD civ. 1998.171, obs. J. Patarin, JCP N 1997.II.1364.

¹¹⁶ Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s.

¹¹⁷ M. Grimaldi, *op. cit.*, p. 383.

¹¹⁸ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 508: „în substituția fideicomisară, al doilea gratificat nu dobândește bunurile lăsate de dispunător, decât prin intermediul grevatului, care i le transmite după ce le-a stăpânit toată viața lui. Este adevărat că al doilea gratificat datorește bunurile ce el primește tot liberalității dispunătorului, însă el le ține de la el în mod indirect, fiindcă le primește din mâna grevatului”; Fr. Deak, *op. cit.* p. 294; M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, ediție îngrijită de Gabriela Bucur și Marian Florescu, Editura All Educational, Timișoara, 1998, p. 320: „substituitul culege dreptul transmis cu titlu de proprietar „de la primul rânduit, însă în puterea voinței dispunătorului inițial și a ordinii succesoriale create de acesta”; Al. Bacaci, Gh. Comăniță, *Drept civil. Succesiuni*, Ediția a 2-a, București, 2006, p. 136. – autorul deși prevede faptul ca instituitul dobândește obiectul liberalității de la instituit, menționează ca și condiție necesară pentru a ne afla în prezența unei substituții fideicomisare ca dispunătorul să fi făcut două sau mai multe liberalități succesive cu același obiect către două sau mai multe persoane. De altfel, tot el este cel care menționează „se poate afirma și ideea că atât instituitul cât și substituitul primesc bunul de la dispunător”.

¹¹⁹ Amiens, 6 dec. 1892: DP 1893, 2. 129: „dans ce cas (d’ouverture de la substitution), le grevé est réputé n’avoir jamais été propriétaire: quand à l’appelé, ce n’est pas de lui qu’il tient les biens, il les tient du disposant lui-même.” Contra Paris, 10 janv. 1962, D.1962 somm.69: si dans la substitution le disposant donne à l’appelé une vocation successorale dans la succession du grevé, l’appelé tient les biens substitués du grevé lui-même, puisque c’est dans la succession de ce dernier qu’il les recueille”.

¹²⁰ D. Chirică, *op. cit.*, p. 124; F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 455.

¹²¹ Controversa există în special la nivelul doctrinei franceze. Rép. Civ., *Substitutions*, nr. 117 s., p. 483: „Dans une première opinion (Grimaldi, *Succesions*, nr. 386), l’appelé, bien que la transmission du bien soit effectuée par le grevé, tient directement ses droits du disposant: l’immeuble ne fait que transiter par le patrimoine du grevé: il ne recueille pas le bien dans la succession de ce dernier, mais dans celle du disposant. Selon un arrêt ancien de la Cour de cassation, le droit de l’appelé „procède directement du disposant non d’une vocation à la succession du grevé, l’appelé ne devant pas recevoir de ceui-ci es biens objet de la substitutions” (Cass. Civ., 10 juin 1918, 1, p. 90). Selon une seconde opinion (Malaurie et Aynès, *Succesions*, nr. 788), on se trouve en présence de deux libéralités succesives: une première libéralité, du gratifiant au grevé, et une seconde libéralité, du grevé à l’appelé. Mais il demeure que c’est le disposant qui désigne l’appelé, de la substitution”.

¹²² Fr. Deak, *op. cit.*, p. 294.

¹²³ M. D. Bocșan, *Testamentul...*, pag. 69.

¹²⁴ M. D. Bocșan, *Testamentul...*, pag. 69.

¹²⁵ D. Chirică, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁶ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 312. În sensul că în cazul substituției vulgare suntem în prezența unei singure liberalități: D. Chirică, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁷ M. Planiol, *op. cit.*, p. 827.

¹²⁸ R. Popescu, *op. cit.*, p. 81.

¹²⁹ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 374. În același sens: Fr. Deak, *op. cit.*, p. 298; R. Popescu, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁰ I. Genoiu, *Drept succesoral*, Editura C.H. Beck, București, 2008, p. 205.

¹³¹ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 375.

¹³² I. Genoiu, *op. cit.*, p. 205.

¹³³ G. Plastara, *Curs de drept civil român*, Vol. III, Cartea Românească, București, 1927, p. 690.

- ¹³⁴ Tribunalul Popular Raion Târgu-Mureș, sentința civilă nr. 239 din 1955, citată de F. Ciutacu, Florin Ciutacu, *Drept civil român. Devoluțiunea succesorală legală și testamentară. Culegere de spețe. Modele de acte juridice în materie succesorală. Modele de acțiuni civile în justiție*, Editura Roleris, București, 2001, p. 62.
- ¹³⁵ L. Stănciulescu, *Curs de drept civil: succesiuni*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 150.
- ¹³⁶ R. Popescu, *op.cit.*, p. 83.
- ¹³⁷ Fr. Deak, *op.cit.*, p.299; D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 600.
- ¹³⁸ Soluțiile oferite au la bază dispozițiile art. 803 Cod Civil de la 1864, deoarece în concepția NCC, substituțiile sunt considerate a fi valabile, motiv pentru care și substituțiile vulgare-fideicomisare sunt implicit licite.
- ¹³⁹ R. Popescu, *op. cit.*, p. 83.
- ¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 84.
- ¹⁴¹ Fr. Deak, *op.cit.*, p. 299: „despărțirea celor două substituții nu este posibilă deoarece ar contraveni voinței testatorului”.
- ¹⁴² M. Eliescu, *op. cit.*, p. 316.
- ¹⁴³ Cunoscut sub denumirea de legatul rămășiței.
- ¹⁴⁴ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 316.
- ¹⁴⁵ *Ibidem*.
- ¹⁴⁶ Trib. Ilfov II, sent. civ. 1783/1 decembrie 1880 prezentată de M. D. Bocșan, *Practică testamentară...*, p.11.
- ¹⁴⁷ Trib. Vâlcea I, sent. civ. 73/22 martie 1923. Pentru detalii a se vedea M. D. Bocșan, *Practică testamentară...*, p. 133-183.
- ¹⁴⁸ M. D. Bocșan, *Practică testamentară...*, p.180.
- ¹⁴⁹ *Ibidem*, p.133.
- ¹⁵⁰ R. Popescu, *op. cit.*, p. 72.
- ¹⁵¹ 896 Cod. Civ. francez.
- ¹⁵² M. Planiol, *op. cit.*, p. 835, nr. 3290: „Le temps n’est plus où la substitution apparaissait comme un mal social et un danger politique, où son nom seul était odieux. Depuis la promulgation du Code, la pratique a fait d’innombrables efforts pour éluder la disposition de l’art. 896; on s’y est pris de toutes façon pour le tourner, le battre en brèche; pour décomposer les substitutions en éléments distincts et leur trouver des formules nouvelles capable de les rendre valables”.
- ¹⁵³ M. Planiol, *op. cit.*, p. 835, nr. 3290: „Et les tribunaux ont suivi le mouvement; leurs décisions se sont accumulées, ouvrant la porte toujours plus grande aux combinaisons dont on faisait usage, tant qu’enfin en 1873, la Cour de cassation rendit deux arrêts qui, achevant l’évolution, ne laissaient plus rien subsister de la prohibition légale. Mais bientôt après elle abandonna une partie de son système, et depuis lors le désarroi le plus complet règne dans la jurisprudence”.
- ¹⁵⁴ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 317.
- ¹⁵⁵ F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 464.
- ¹⁵⁶ I. Genoiu, *op. cit.*, p. 202.
- ¹⁵⁷ R. Popescu, *op. cit.*, p. 73.
- ¹⁵⁸ *Ibidem*.
- ¹⁵⁹ Trib. Putna, mai 12/93, Dr. 43/93 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 34, p. 212.
- ¹⁶⁰ M. Grimaldi, *Droit civil. Successions...*, p. 375.
- ¹⁶¹ Apel Buc., 50, mart. 11/91, Dr. 26/91 citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 28, p. 211.
- ¹⁶² În sensul valabilității fideicomisului fără obligație a se vedea: Al. Bacaci, Gh. Comăniță, *op. cit.*, p. 139; I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 372, F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 464; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 296, G. Plastara, *op. cit.*, p. 691; Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 672; M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 320; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 313; M. Grimaldi, *Droit civil. Successions, ...*, p. 374; M.

- Planiol, *op. cit.*, p. 836; F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 464; R. Popescu, *op. cit.*, p. 74; În sensul nulității absolute a fideicomisului fără obligație a se vedea: D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 175.
- ¹⁶³ Cass. Fr. 26 iunie 1882, D.P. 84. 1. 447, S. 82.1.405; 14 iunie 1899, D.P. 1900.1.353, S.1900.1.80.
- ¹⁶⁴ Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 672.
- ¹⁶⁵ M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions...*, p. 375. În același sens: Cass. Civ. 18 oct. 1960, prec.-Cass. Civ. 10 oct. 1961, prec.-Cass. Civ. 19 mars 1963, prec.-Cass. 1re civ., 15 nov. 1972, prec.-Paris, 24 nov. 1961, prec., citate de M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions...*, p. 375.
- ¹⁶⁶ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 313.
- ¹⁶⁷ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale în reglementarea art. 1001-1005 din Noul Cod civil*, în „Curierul Judiciar”, nr. 1/2011, p. 23.
- ¹⁶⁸ D. Chirică, *op. cit.*, p. 131.
- ¹⁶⁹ M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions ...*, p. 371.
- ¹⁷⁰ M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 321.
- ¹⁷¹ În acest sens: Fr. Deak, *op. cit.*, p. 297; I. Genoiu, *op. cit.*, p. 203, R. Popescu, *op. cit.*, p. 76; I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 372.
- ¹⁷² În sensul nulității absolute și integrale a legatului rămășiței deoarece reprezintă un procedeu creat de doctrina și jurisprudența burgheză la sfârșitul secolului trecut și începutul secolului nostru, prin care se urmărea ocolirea prohibirii substituțiilor fideicomisare a se vedea: D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 175.
- ¹⁷³ R. Popescu, *op. cit.*, p. 77.
- ¹⁷⁴ Fr. Deak, *op. cit.*, p. 297. În același sens : Popescu, *op. cit.*, p. 77.
- ¹⁷⁵ Al. Bacaci, Gh. Comăniță, *op. cit.*, p. 139; D. Chircă, *op. cit.*, p. 130; G. Plastara, *op. cit.*, p. 690; M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions, ...*, p. 371; M. Planiol, *op. cit.*, p. 836; . F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 464. Autorii Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 672 au o poziție în parte diferită: “ne aflăm, de bună seamă în fața unei substituțiuni fideicomisare, cel puțin cu privire la bunurile pe care Secundus (primul gratificat) le va transmite la decesul său lui Tertius (cel de-al doilea gratificat).[...] Dispoziția cuprinde o dublă liberalitate succesivă, precum și obligația de a restitui la deces. Cu toate acestea, jurisprudența a hotărât ca legatul de eo quod supererit este valabil, prin faptul că nu conține elementul obligativității de a păstra bunurile. Într-adevăr prin această dispoziție, dispunătorul Primus nu interzice înstrăinarea bunurilor, așa încât Secundus rămâne liber de a dispune de ele cum va voi. Se poate deci întâmpla ca la decesul său să fi înstrăinat toate bunurile primite de la Primus, încât drepturile eventuale stipulate în favoarea lui Tertius să fie stinse cu desăvârșire (Cass. Fr. 2 martie 1864, D.P.64. 1.214, S. 64. 1. 167; 10 februarie 1897, D.P. 97. 1. 519.-București, 11 martie 1891, *Dreptul* 1891, nr.26, p. 203; 11 iunie 1897, D.P., *Dreptul* 1897, n.56, p. 458; 7 aprilie 1910, *Dreptul* 1910, n.49, p. 392)”.
- ¹⁷⁶ D. Chirică, *op. cit.*, p. 132.
- ¹⁷⁷ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale ...*, p. 24.
- ¹⁷⁸ Cass. Civ. 27 juin 1961, D. 1962, 285, note Ancel; CA Caen 19 nov 1924, D.P. 1925. 2. 21, note H.L.; CA Rennes 7 dec. 1955, D. 1965.255; CA Montpellier 18 fevr. 1980, JCP 1982, ed. N.II, p.120 citate de F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 465.
- ¹⁷⁹ D. Chirică, *op. cit.*, p.132. Pentru opinia contrară: R. Popescu, *op. cit.*, p. 76: „După cum este cunoscut, Codul civil consacră principiul libertății testamentare (în sensul că orice persoană capabilă este liberă de a lăsa sau a nu lăsa un testament și a dispune, pe această cale, de patrimoniul său pentru cauză de moarte), libertate la care nu se poate renunța”. Într-un sens asemănător: M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions, ...*, p. 371: Legatul rămășiței „ar putea să cadă sub incidența prohibiției pactelor asupra succesiunilor viitoare. Căci, acceptând legatul rămășiței, primul legatar renunță, cu privire la bunurile ce foarmează obiectul acestui legat, la libertatea sa testamentară”.
- ¹⁸⁰ Cass. 1re civ. 17 dec 1968, Defrénois 1969, art. 29290 citată de Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 465.
- ¹⁸¹ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale ...*, p. 23.

- ¹⁸² <http://www.noulcodcivil.ro/wp-content/uploads/2011/10/Noul-Cod-Civil.pdf>.
- ¹⁸³ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale ...*, p. 23.
- ¹⁸⁴ I. Genoiu, *Dreptul la moștenire în Noul Cod civil*, Editura C.H.Beck, București, 2012, p. 262.
- ¹⁸⁵ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale ...*, p. 24.
- ¹⁸⁶ Ibidem. În același sens: I. Genoiu, *op. cit.*, p. 262.
- ¹⁸⁷ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale ...*, p. 24.
- ¹⁸⁸ D. Chirică, *op. cit.*, p.132. În același sens: M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions, ...*, p 372; F. Terré, Y. Lequette, *op. cit.*, p.465; Cass. 1reciv. 17 nov 1971, prec: "En regle générale, et sauf indication contraire du disposant, le legs de residuo est soumis a la double condition qu'au décès du premier légataire institué, la chose léguée subsiste et le seconde légataire survivre" citată în . Grimaldi, *Droit civil. Succesions, ...*, p 372.
- ¹⁸⁹ Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p.673.
- ¹⁹⁰ D. Chirică, *op. cit.*, p.133; J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale ...*, p. 25; M. Grimaldi, *Droit civil. Succesions...*, p. 373.
- ¹⁹¹ Ibidem.
- ¹⁹² M. Eliescu, *op. cit.*, p.314.
- ¹⁹³ Ibidem.
- ¹⁹⁴ Fr. Deak, *op. cit.*, p. 297.
- ¹⁹⁵ Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 674.
- ¹⁹⁶ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 315.
- ¹⁹⁷ A se vedea supra, capitolul II.2.
- ¹⁹⁸ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 315.
- ¹⁹⁹ R. Popescu, *op. cit.*, p. 77.
- ²⁰⁰ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 315.
- ²⁰¹ D. Chirică, *op. cit.*, p. 127.
- ²⁰² M. Grimaldi, *Droit civil.Succesions, ...*, p 367: „Dans ce dernier cas, même si, *en fait*, les deux «légataires» auron successivement profité de la disposition, un seul d'entre eux aura eu, *en droit*, cette qualité". În același sens: D. Chirică, *op. cit.*, p.127.
- ²⁰³ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 319, Fr. Deak, *op. cit.*, p. 297-298; D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 175.
- ²⁰⁴ Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 674. În același sens: R. Popescu, *op. cit.*, p. 78.
- ²⁰⁵ R. Popescu, *op. cit.*, p. 78.
- ²⁰⁶ Cas.I, dec. 582/ 6mai 1931 prezentată de M. D. Bocșan, *Practică testamentară...*, p.227.
- ²⁰⁷ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 317: „Pe măsură ce ostilitatea burgheziei față de bătrâna instituție feudală a substituțiilor fideicomisare se prefăcea în dorința de a o folosi pentru apărarea propriilor ei poziții economice amenințate, în aceeași măsură și jurisprudența burgheză trece de la o severitate fără de cruțare, la o indulgență fără de hotar”.
- ²⁰⁸ I. Genoiu, *Drept succesoral...*, p. 205.
- ²⁰⁹ Într-o decizie a Curții de Apel București (publicată în revista Dreptul nr. 40-1887, p. 318, citată de R. Popescu, *op.cit.*, p. 56) s-a arătat că: „motivele care au dat naștere substituțiilor și care în urmă au adus, prin reacțiune, oprirea lor, nu s-au prezentat la noi cu aceeași gravitate ca în Franța. În adevăr, substituțiile erau acolo un mijloc în favoarea nobilimii în luptele sale contra regalității, instituție care s-a dezvoltat în timpurile feudale și de unde a rezultat privilegiul primogeniturii sau masculinității. Or, la noi, regimul feudal n-a prins niciodată rădăcini adânci și, prin urmare, nici substituțiile nu erau intrare în moravurile noastre. Este adevărat că legiuitorul nostru le oprește, aceasta însă n-o face în scopul de a rupe cu trecutul, ci mai mult de temerea viitorului”.
- ²¹⁰ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 510: „Principiul democratic al egalității între membrii aceleași familii era deci necunoscut, pentru că societatea veche era eminentamente aristocrată și fiindcă substituțiile erau în legătură intimă cu dreptul de primogenitură, [...]bunurile erau date sau legate fiului cel mai mare, cu

obligația de a le păstra toată viața lui și de a le remite și el la rândul lui, fiului său mai mare și așa mai departe în infinit”.

- ²¹¹ Curtea de Apel București, decizie publicată în revista Dreptul nr. 33/1876, p.262, citată de R. Popescu, *op.cit.*, p. 56: „legiuitorul a oprit substituțiile fideicomisare pe motivul că sunt contrare principiului egalității, ele grămădind pe de-o parte, toată averea pe capul celui dintâi născut dintr-o familie, și așa din fiu în fiu, pentru ca dâșii să poată perpetua splendoarea neamului, iar pe de altă parte, lăsând în sărăcie o serie de alte rude, reduse a implora sprijinul și binefacerea posesorului unui patrimoniu care trebuia să fie comun, și aceasta nu numai pentru un scurt timp, ci pentru secole”.
- ²¹² R. Popescu, *op.cit.*, p. 56.
- ²¹³ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare și liberalitățile reziduale în reglementarea Noului Cod civil*, în „Revista Română de drept privat”, nr. 3/2012, p. 151.
- ²¹⁴ R. Popescu, *op.cit.*, p. 57.
- ²¹⁵ I. Genoiu, *Drept succesoral...*, p. 199.
- ²¹⁶ M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 319.
- ²¹⁷ M. E. Buruiiană, O. Mihăilă, *Substituția fideicomisară...* apud M. Popa, *Drept civil. Succesiuni*, p. 123.
- ²¹⁸ R. Popescu, *op.cit.*, p. 57.
- ²¹⁹ R. Popescu, *op.cit.*, p. 57 apud E. Glasson, *Elements de droit français*, vol. I, p. 515.
- ²²⁰ R. Popescu, *op.cit.*, p. 56.
- ²²¹ A se vedea în acest sens Trib. Sprem, col. civ., decizia nr. 1688/1966, in C.D., vol. I, p. 193, citată de citată de F. Ciutacu, *Drept civil român. Devoluțiunea succesorală legală și testamentară. Culegere de spețe. Modele de acte juridice în materie succesorală. Modele de acțiuni civile în justiție*, Editura Roleris, București, 2001, p.62; Curtea de Apel București, decizia nr. 319/1927, în P.R. 1930 II, p. 65-68, citate în R. Popescu, *op.cit.*, p. 58. Pentru opinia doctrinei conform căreia ambele liberalități sunt lovite de nulitate absolută a se vedea: Fr. Deak, *op. cit.* p. 295; Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 671; I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 370; I. Genoiu, *Drept succesoral...*, p. 201; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 318.
- ²²² Cas. I, 143/82, aprilie 20/82, B. P. 434, citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 11, p. 209.
- ²²³ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 318. În același sens s-au pronunțat și instanțele judecătorești (Apel Iași, II, 106, mai 7/81. Dr. 80/81, citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp. 8, p. 209): „legatarul universal, pus între două datorii contrarii, va prefera împins de recunoștiință, mai întotdeauna a executa voința testatorului, în loc de a cere nulitatea dispozițiunii, și astfel cu toată prohabițiunea legii, substituțiunile vor fi executate. Nu este nici un mijloc pentru a obține anularea substituțiilor decât de a recunoaște dreptul de a o cere erezilor legitimi, când e dovedit că cel interesat nu lucrează”.
- ²²⁴ Curtea de Casație, decizia nr. 30/1881, în C.civ. adnotat, vol. al II-lea, p. 196, citată de R. Popescu, *op.cit.*, p. 56
- ²²⁵ D. Chirică, *op. cit.*, p. 134; M. Eliescu, *op. cit.*, p. 318.
- ²²⁶ D. Chirică, *op. cit.*, p. 134; R. Popescu, *op.cit.*, p. 71
- ²²⁷ Fr. Deak, *op. cit.*, p. 296.
- ²²⁸ C. Apel Buc. s. III, 393 din 2 dec. 1924. Bul. C. Apel 1/925, citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp.63, p. 215.
- ²²⁹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *op. cit.*, p. 671.
- ²³⁰ R. Popescu, *op.cit.*, p. 69.
- ²³¹ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 318.
- ²³² I. Genoiu, *Drept succesoral...*, p. 202.
- ²³³ I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p. 370.
- ²³⁴ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 577.
- ²³⁵ Ibidem, p. 587.
- ²³⁶ M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 322.

- ²³⁷ R. Popescu, *op.cit.*, p.72.
- ²³⁸ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 578.
- ²³⁹ Judecătoria Sectorului 2 București, sentința civilă nr. 4196/2 aprilie 2001 cu notă critică de Mircea Dan Bocșan, în *Pandectele Române*, nr. 2/2002.
- ²⁴⁰ R. Popescu, *op.cit.*, p.70.
- ²⁴¹ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 318.
- ²⁴² D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 175 În sens contrar a se vedea D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 580: „caducitatea, care ar face ca una din liberalități să rămâe fără efecte, nu poate să facă ca cealaltă să rămâe validă”.
- ²⁴³ R. Popescu, *op.cit.*, p. 70.
- ²⁴⁴ Ibidem
- ²⁴⁵ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 319.
- ²⁴⁶ R. Popescu, *op.cit.*, p. 71.
- ²⁴⁷ Trib. Suprem, col. civ., decizia nr. 1838/1956, în C.D. 1956, vol. I, p. 367, citată de D. Macovei, I.E. Cadariu, *op. cit.*, p. 175. În același sens în jurisprudența franceză (Req. 7.02.1923: DP 1923, 1, 329, citată de R. Popescu, *op.cit.*, p. 70) s-a decis că pentru a aprecia validitatea unei dispoziții testamentare atacate ca fiind atinsă de o substituție prohibită, trebuie să ne plasăm în ziua decesului testatorului; rezultă că predecesul, al celui ce supraviețuiește testatorului, al legatarului instituit cu însărcinarea de substituție, are ca efect să dea naștere, din momentul decesului testatorului, de drepturi unui singur gratificat, care culege direct din succesiunea testatorului, bunurile ce i-au fost lăsate legat; viciul substituției se consideră acoperit”.
- ²⁴⁸ Trib. Vâlcea, s.I, 73 din 22 martie 1923, Pand. Române. 1924, II, 177, citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp.60, p. 215.
- ²⁴⁹ Trib. Ilfov I, Dr. 15/913, p. 115, citată de C. Hamangiu, N. Georgean, *op. cit.*, sp.51, p.214. În același sens: I. Dogaru, V. Stănescu, *op. cit.*, p.371.
- ²⁵⁰ R. Popescu, *op.cit.*, p.72.
- ²⁵¹ <http://www.juridice.ro/152502/influenta-codului-civil-din-quebec-asupra-noului-cod-civil-din-romania.html>.
- ²⁵² <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000637158&dateTexte=&categorieLien=id>.
- ²⁵³ Art. 896 C.civ.fr în vigoare până în 2006.: *Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.*
- ²⁵⁴ Art. 896 C. Civ.fr: *La disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi*
- ²⁵⁵ Art. 1048 C.civ.fr.: *Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte.*
- ²⁵⁶ <http://www.senat.fr/rap/105-343-1/105-343-133.html>.
- ²⁵⁷ <http://www.senat.fr/rap/105-343-1/105-343-133.html>: ”l'inconvénient économique très sérieux de placer des biens hors du commerce et de créer ainsi des situations de mainmorte. Incessibles, les biens sont exposés au risque d'une exploitation abusive ou négligente ; insaisissables, ils ne peuvent être un instrument de crédit. Or la circulation des richesses et le crédit sont indispensables à l'économie libérale”.
- ²⁵⁸ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil.Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1042.
- ²⁵⁹ L. Stănculescu, *op. cit.*, p. 146.
- ²⁶⁰ M. Cantacuzino, *op. cit.*, p. 318.
- ²⁶¹ C. Hamangiu; I. Rosetti-Bălănescu; Al. Băicoianu, *op. cit.*, p.667.
- ²⁶² L. Stănculescu, *op. cit.*, p.146.

- ²⁶³ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1042
- ²⁶⁴ I. Genoiu, *Dreptul la moștenire...*, p.254.
- ²⁶⁵ <http://www.codulcivil.ro/art-993-notiunea/>.
- ²⁶⁶ D. Văduva, *Moștenirea legală. Liberalitățile*, Universul Juridic, București, 2012, p. 208.
- ²⁶⁷ I. Genoiu, *Dreptul la moștenire...*, p.254.
- ²⁶⁸ A se vedea supra, capitolul II.2, p.23.
- ²⁶⁹ I. Genoiu, *Dreptul la moștenire...*, p.254.
- ²⁷⁰ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare ...*, p. 151.
- ²⁷¹ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1048.
- ²⁷² I. Genoiu, *Dreptul la moștenire...*, p.254.
- ²⁷³ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1042.
- ²⁷⁴ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1044.
- ²⁷⁵ D. Văduva, *Moștenirea legală...*, p. 210.
- ²⁷⁶ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare ...*, p. 150.
- ²⁷⁷ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1044.
- ²⁷⁸ Ibidem.
- ²⁷⁹ I. Genoiu, *Dreptul la moștenire...*, p.255.
- ²⁸⁰ D. Văduva, *Moștenirea legală...*, p. 209.
- ²⁸¹ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare...*, p. 154.
- ²⁸² D. Văduva, *Moștenirea legală...*, p. 209. Subiectul a fost supus analizei la începutul capitolului. A se vedea supra capitolul VI.I, p. 49.
- ²⁸³ L. Stănciulescu, *op. cit.*, p.147.
- ²⁸⁴ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare...*, p. 154.
- ²⁸⁵ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare...*, p. 154.
- ²⁸⁶ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1047.
- ²⁸⁷ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1048.
- ²⁸⁸ I. Genoiu, *Dreptul la moștenire...*, p.259.
- ²⁸⁹ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare...*, p. 156.
- ²⁹⁰ I. Genoiu, *Substituțiile fideicomisare...*, p. 156.
- ²⁹¹ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *op. cit.*, p. 1049.
- ²⁹² V. Stoica, L. Dragu, *Natura juridică a substituțiilor ...*, p. 13.
- ²⁹³ <http://www.codurile.ro/articles/8/1/CODUL-CIVIL-din-26-noiembrie-1864-/Page1.html>.
- ²⁹⁴ M. Eliescu, *op. cit.*, p. 317.
- ²⁹⁵ F.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil.Comentariu pe articole*, Editura C.H. Beck, București, 2012, p. 1042.
- ²⁹⁶ J. Goicovici, *Liberalitățile reziduale...*, p. 26.

STUDII

MIETMAULE OR 'THINKING LIKE A LAWYER'

Philip THOMAS*

Abstract: *The paper investigates the origins of the rather ambivalent expression "thinking like a lawyer". It argues that Cicero strongly influenced the manner in which the classical Roman jurists argued and reasoned. This proposition is supported by the works of Seneca (elder) and Quintilian whose works reflect legal argumentation during an important period of Roman legal development.*

Keywords: *Roman law, Cicero, lawyer, Seneca, Quintilian, legal argumentation*

1. Introduction

Many a true word is spoken in jest, and this essay begins with a nightmare derived from an urban legend, featuring a lawyer. The protagonist is chased by three pursuers: a homicidal axe man, a werewolf and a lawyer. Her legs tire and the sand gets softer and deeper; eventually she feels their hot breath in her neck. However, she holds a gun, loaded with two bullets. The answer to the question "who does she shoot?" is: the lawyer, twice.

In spite of the positive impact of Atticus Finch¹ on the legal profession,² this paper will give some examples of notorious historical and fictional jurists. The explanation that these jurisconsults had sold their souls to the devil belongs to another era, but the fact remains that the untranslatable pejorative 'Mietmaule' has applied to lawyers since the Roman republic, indicating that their verbal skills are for hire. Thus, the following relates to the importance and influence of rhetoric into Roman law. This paper has no pretension to add new wisdom to the body of knowledge concerning rhetoric,³ but approaches the formidable mountain range of Roman law, rhetoric, legal education and juristische Methodenlehre from a different perspective, namely from the point of view of a mixed legal system. The proposition is offered that the methodology of legal argument in Roman law, and in consequence of legal argument in the Western legal tradition, derives from rhetoric as received

and developed in Rome. In consequence a considered choice has been made of Cicero's *Topica*, Seneca's *Controversiae* and Quintilian's *Institutio Oratoria* as the source material for this paper. This does not mean that these three authors are viewed as the only, or the most important, or equally important, contributors to the process. It is obvious that Cicero's seminal importance for both Roman rhetoric and Roman law make him tower above the others, which is validated by Quintilian's reliance on Cicero's work. Although the contribution of the elder Seneca to the recognition of rhetoric as a determining factor of legal thought has been rather negative, as his *Controversiae* have been the object of ridicule, it will be argued that even his silliest school examples contain a common denominator making them an essential part of legal training.

2. Why do lawyers have such a poor reputation?

The story of the untimely demise of the great Papinian used to be well known.⁴ The most remarkable aspect of this affair is that Caracalla was obviously convinced that the jurist should, would and could exonerate him, and that this was a lawyer's job.

However, this martyr for truth and the integrity of the legal profession cuts a lonely figure in the long list of lawyers leaving their mark in history, mostly by abuse of their legal skills. One random sample from English legal history is Lord Chancellor Jeffreys,⁵ while another more recent monster is found in the person of Freisler.⁶ Furthermore, the medieval "Juristen, böse Christen" denotes, as does the portrayal of lawyers in literature -be it by the social commentator Dickens⁷ or in the spy novel⁸, that the popular perception of the legal profession has been by and large negative.

The common denominator of the above is that through history evil regimes, and in literature novelists, have found and created lawyers whose professional training and skills made it possible to serve evil. This leads to questions about the use and abuse of law and this essay wishes to draw attention to what is taught to aspiring lawyers.

3. The development of legal science

It is commonly acknowledged that the Western legal tradition of law as a science was developed during the Roman republic and principate.⁹ The elements of objective, methodical accumulation of knowledge, systematic organisation and impartial analysis thereof, and the transfer of this knowledge by writing and teaching are all found in Roman law.¹⁰ The points of interest are legal argumentation and legal theory. It has been proposed that as the Roman jurists were not interested in legal

theory, their works did not qualify as legal science,¹¹ which proposition was argued by limiting scientific solving of legal problems to logic, namely deductive reasoning.¹² This is not the place to enter into the eternal debate whether law is a science, but it is suggested that the founder of scientific theory, Aristotle, discussed both logic and dialectics.¹³ Cicero also considers dialectics as the method of arguing developed to reach a decision by persuasion.¹⁴ Moreover, Bydlinski mentioned that a large part of legal disputes is simple deduction from an uncontested rule, but this did not mean that he considered this the essence of legal science.¹⁵ This leaves legal argumentation or the wider, but untranslatable *Rechtsdenken* as an essential element of legal science.

In his essay 'Legal education as training for hierarchy'¹⁶ Duncan Kennedy holds that legal education consists of imparting certain basic knowledge by rote learning, issue spotting, analysis of decisions and a list of *pro* and *contra* arguments used by lawyers to argue whether a certain rule is applicable or not. However, the most important aspect of legal education is that the graduates leave 'thinking like a lawyer.' Kennedy leaves open what this exactly means and how this is achieved, but he states that law teachers convince their students that there exists an analytical process, so-called legal argumentation that is taught and enables the adept to find the correct legal solution. This is made possible by the fact that the teacher decides which arguments are valid in certain cases and *vice versa*.¹⁷

4. Predominance of procedure

It is trite that during the late republican and early classical period of Roman law the law of procedure, *in casu* the procedure *per formulam*, constituted the engine of legal development. The same observation holds regarding the English common law.

Striking commonalities between both procedural systems are the oral courtroom tradition, the jury and the role of the judge. It may be argued that the late-republican Roman law of procedure had more in common with the law of procedure in the Anglo-American common law tradition than with modern European procedural law, the so-called inquisitorial system. During her formative period Roman law was characterised by the adversarial law of procedure, which means that the courts of Rome and Westminster operated in a way, which differed from their continental equivalents. For example, in the common law the parties control the legal question in the absence of *ius curia novit*.¹⁸

Thus, a common law barrister would feel at home in late republican and early classical Rome and would be in the position to plead before the courts. It should, however, be remarked that in the Anglo-American legal world the trial lawyer is and has always been recognised as a lawyer and has never been denigrated as a mere orator with no or minimal legal knowledge.

Common sense dictates that in oral litigation courtroom presence, presence of mind and in particular oratorical skills are of paramount importance. These qualities are not essential in a procedure characterised by the exchange of documents. In consequence, in a system of litigation characterised by the predominance of oral argumentation the oratorical skills of the barrister rather than abstract legal knowledge, determine the outcome of cases, the resulting taking of silk, and an eventual elevation to the bench. It comes therefore as no surprise that symbiosis of rhetoric and Roman law has been identified by an English academic, Stanley F. Bonner, whose work on Roman education and in particular the integration of Roman law within the teaching of rhetoric has been illuminating.¹⁹ Prior to Bonner's work the relationship between rhetoric and law had been noted by Stroux²⁰ and Lanfranchi.²¹ However, in spite of or maybe on account of the limited scope of their propositions,²² Romanists did not accept these views.²³ Viehweg²⁴ suffered an identical fate²⁵ and the ruling paradigm continued to consider Roman law as a panzer train, impenetrable to all outside influence,²⁶ in steady pursuit of the correct legal solution. Nevertheless, this essay argues that the importance of the role of rhetoric in the development of Roman legal science has been undervalued and that the propositions of Stroux and Lanfranchi were too modest and specialised. This paper argues that the oratorical training of the educated Roman was during the late republic and early principate the only higher education available and as such left its imprint on legal argumentation, in other words has been responsible for "thinking like a lawyer."

4. Distinction between jurists and orators

The person of Cicero has been central in the divide between rhetoric and law. Cicero himself wrote how Gallus²⁷ used to say that 'this is not a matter for the law, but for Cicero, when anyone came to him with a case revolving around facts'.²⁸ As a result Cicero has been denigrated as a mere pleader and a theory regarding the dichotomy between law and rhetoric has been build upon this text. The Tellegens have clearly and definitely dealt with this question.²⁹ Two observations may be added. First, that Cicero was foremost a politician, who saw himself as a philosopher, but being a *homo novus*, was obliged to make his money in the courts, which aided his political career. The second point is a small aside to the argumentation in *Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem*, namely that the next letter to Trebatius³⁰ is also worth reading. Cicero writes a short note to Trebatius saying that the latter made fun of him when they were having drinks for saying that it was a moot point whether an heir can institute the *actio furti* for a theft committed from the *hereditas iacens*. Once back at home he looked it up, noted the answer, which he sent to Trebatius, so the latter would know that the opinion, of which he had claimed that it was

held by no one, was in fact held by Sextus Aelius, Manius Manilius, and Marcus Brutus. However, Cicero agreed with Scaevola and Testa.³¹ It is submitted that this short, informal note to a friend convinces more that Cicero was indeed a politician, philosopher, advocate and jurist than black-letter lawyering pointing out that he had made a mistake somewhere and/or overstated the importance of equity.

Cicero had followed tradition and had gone to Greece to learn at the feet of the masters. His works on rhetoric are many³² and span his lifetime and Quintilian advises to read them with this in mind.³³ However, as Quintilian in his *Institutio Oratoria* assimilated the essence of Cicero's works on rhetoric, this essay will concentrate on Cicero's *Topica*, an essay especially written for the legal profession and as such deserving of attention. Cicero was a man of many talents and as a result has been the subject of many opinions.³⁴

5. Cicero's *Topica*

The *Topica* was written mostly during a sea voyage, within a week, from memory, towards the end of his life, to explain to his friend Trebatius the system for the discovery of (legal) arguments found in Aristotle's τὰ Τοπικά.³⁵ This treatise has served as a textbook of legal argumentation, without having been recognised as such and without the deserved recognition.

Cicero defines *topica* as the seats of argument³⁶ and explains every type of argument by way of examples. Thus, the topics of definition,³⁷ partition,³⁸ division,³⁹ the meaning of words,⁴⁰ *genus*,⁴¹ *species*,⁴² etymology,⁴³ analogy,⁴⁴ distinction,⁴⁵ *α contrario*,⁴⁶ corollary,⁴⁷ the topic of antecedent,⁴⁸ consequence,⁴⁹ and inconsistency,⁵⁰ followed by cause,⁵¹ effect,⁵² comparison⁵³ and authority⁵⁴ are first summarily introduced, and further developed in the chapters that follow. The examples are all taken from the law and the interaction between advocates and consulting jurists is emphasised.⁵⁵ Cicero continues with an explanation of horses for courses,⁵⁶ using the status theory of Hermagoras in the search for the best topics. He concludes with some practical hints relative to equity,⁵⁷ judgment⁵⁸ and the most useful topics in criminal cases.⁵⁹

It is generally accepted that Cicero's memory deceived him about Aristotle's *Topics*, or that he possessed a work, which differed from what is currently accepted as this work. However, Cicero's adaptation and condensation provide a concise classification and explanation of the different types of legal argument. Although the finer distinctions made by Cicero have been blurred in legal argument, it is submitted that paraphrasing Burckhardt is justified,⁶⁰ and jurists see with the eyes of Cicero and speak with his expressions. In other words, for every case there is a ready supply of arguments for either side. Time and space prevent a more detailed exposition, but the discussion on Quintilian will deal with the pervasive influence of the *Topica*.

6. Seneca's *Controversiae*

Lucius Annaeus Seneca, a Spaniard of equestrian family arrived in Rome during the year of Cicero's death.⁶¹ His generation attended local declamation schools, where schoolteachers or professors taught; these professors also declaimed in public as a form of advertising. Seneca can best be described as an enthusiastic amateur and aficionado of rhetoric, who in his old age mused over the stars of his youth and their memorable words. His importance is found in the fact that he is the only source of the schoolwork of this period.

In his inaugural lecture at the University of Cape Town, Gero Dolezalek stated the obvious, namely that most cases are decided on the facts.⁶² In order to find some interesting points of law one must read one's way through thousands of pages of mere fact finding.⁶³

Franz Bydlinski mentioned that a large part of legal disputes is simple deduction from an uncontested rule.⁶⁴ He held that in virtually every serious legal problem both sides can raise good legal arguments,⁶⁵ and states: 'Tatsächlich geht es in der Jurisprudenz, wie sie praktisch betrieben wird und betrieben werden muss, weithin um die Erarbeitung und Abwägung von Rechtsgewinnungargumenten, die ergeben, dass die eine der möglichen Problemlösungen rechtlich vorzuziehen ist, weil sie relative besser dem Recht (den vorfindlichen Rechtsnormen und dem vorfindlichen sonstigen Rechtsgewinnungmaterial) entspricht'⁶⁶.

It is unnecessary to repeat Bonner's work on the elder Seneca and the close relationship between Roman law and rhetoric.⁶⁷ The above citation from Bydlinski supports the hypothesis of this essay, namely that the oratorical training of the educated Roman during the late republic and early principate determined legal argumentation in the sense that it created the mould for 'thinking like a lawyer.'

The *Controversiae* of Seneca illustrate that the essence of rhetorical exercises is the conflict between two norms. The students have to argue both sides of the case. Rhetorical success is the result of many factors; hard work, personality, luck. Cicero's career was built on hard study and practice.⁶⁸ The essence of the rhetorical studies was to make a reasoned choice of topics and by way of inductive reasoning argue one side of a case, for which juristic legitimate arguments exist on both sides. Analysis of the *Controversiae* shows that under the follies and extravagance of the rhetorical showroom, these test cases⁶⁹ suited their purpose as they caused the student to consider ambiguity and conflicting rules and principles. Quick-witted argument, careful interpretation, weighing-up of the relative value of arguments and logical and effective arrangement of important points were the hidden objectives of the romantic and wildly improbable subjects.⁷⁰

7. Quintilian's *Institutio Oratoria*

Quintilian⁷¹ was the first Regius professor since he was the first teacher of rhetoric to have a public school and receive his salary from the state. He was also a successful advocate and should above anything else be remembered and respected for his common sense. This respected professor of the only available higher education integrated the earlier works on the subject and was concerned about the development of his discipline. The elaborate exposition of his manual and his quest for completeness have kept knowledge of his work limited to a narrow field of specialists.⁷² However, Quintilian teaches how to structure a legal argument; where to find arguments and above all that hard and fast rules do not exist, but that an advocate should be guided by common sense. After elimination of educational and psychological theory, embroidery, theatricals and other filler, his textbook should be the bible for legal argumentation.

Quintilian was well aware that rhetoric is generally considered to be the power of persuading.⁷³ In his discussion of the various definitions of rhetoric he remarks that Socrates and/or Plato link rhetoric with justice,⁷⁴ with which he agrees. He refers to the critics who denounce rhetoric as snatching criminals from the penalties of the law, securing the condemnation of the innocent and making falsehood prevail over truth.⁷⁵ He accedes the point that oratory may be used for either good or evil and that rhetoric sometimes substitutes falsehood for truth,⁷⁶ and identifies that most criticism of rhetoric derives from the fact that orators argue both sides of a case.⁷⁷

After an historical survey⁷⁸ and general introduction to rhetoric⁷⁹ Quintilian arrives at his field of expertise in chapter nine of the third book, forensic oratory, the essence of which he describes as the formulation of what is asserted and the rebuttal thereof.⁸⁰ This process consists of the following five parts: introduction, statement of facts, proof or evidence, refutation, and closing statement.⁸¹ Quintilian warns, however, that after all material has been collected the nature of the case, the question at issue and the arguments *pro* and *contra* must be considered; after this must be decided which points must be made and refuted and how the facts are to be stated.⁸² When pen is put to paper the introduction is the first step.⁸³ After determination of the type of case, the status must be decided upon.⁸⁴ Both Quintilian's work and personality are characterised by his comment at the end of his explanation of the status theory and the diverse forms thereof, when he concludes that such subtlety about labels is an ambitious display of superfluous knowledge. He opines that the shorter, more lucid method to determine status is to identify the main issue in dispute.⁸⁵

Quintilian offers helpful advice on writing a good introduction: target the audience,⁸⁶ catch their attention⁸⁷ and goodwill⁸⁸ and pass in a smooth and easy

transition to the statement of facts.⁸⁹ When drawing the line between relevant and irrelevant facts the purpose of the narrative, namely to instruct the judge, but even more so to persuade him,⁹⁰ must be kept in mind and the exposition of the facts should be lucid, brief and plausible.⁹¹ The statement ends where the legal question begins.⁹² The transition from the statement of facts to substantiation is usually in the form of propositions and partition.⁹³ Substantiation or corroboration turns out to be a mixture of evidence,⁹⁴ authority⁹⁵ and arguments. The latter are discussed in depth in chapter 10 and the following chapters. To enter into detail here is not possible, but the all-pervading influence of Cicero should be remarked upon, as well as the fact that the practical Quintilian was no slave to hard rules⁹⁶ and used his own discretion and system.⁹⁷

Of particular interest is chapter fourteen of book five where Quintilian expresses his own views on the authors of the textbooks, who try to prescribe fixed topics for argument and also binding rules for conclusions.⁹⁸ In consequence, he dissects *enthymeme*,⁹⁹ *epichereime*¹⁰⁰ and syllogism¹⁰¹ and concludes that the difference between *epichereime* and syllogism is found in the fact that the latter deducts truth from true premises and the former is usually used to infer from probable premises. He continues that if it was always possible to solve disputed questions from generally admitted premises, the advocate would be of little use.¹⁰²

Quintilian aims to write the definitive textbook, which leaves no stone unturned. The result is a comprehensive work, difficult to master, which demonstrates the lack of common ground among the "professors" of rhetoric, who each had their own method, divisions, definitions, explanations and followers. Nevertheless, Quintilian's own common sense prevails and he succeeds in showing the origin and essence of this art and rebuts many prejudices, established practices, beliefs and ideas, encouraging independent thought and advising abandonment of book-rules if the circumstances so demand. Another golden thread throughout his work is the influence and authority of Cicero, who is continuously cited and held as example.

8. Conclusion

It is obvious that Roman legal science developed before Seneca, Cicero and Quintilian wrote their books on rhetoric.¹⁰³ Nonetheless, it is submitted that these authors represent definite stages in the development of the Roman legal method. Regarding the previous oral tradition the African proverb applies that the death of an old wise man is comparable to the burning down of a library. Cicero lived during a transitional period, not only in politics, but also in legal development and the maxim *Litera scripta manet* was etched in his ambitious and vain mind. His deserved fame covers many areas of his wide field of expertise, but he remains

unappreciated for his most important contribution, namely the consolidation of a method of thinking, which had begun its absorption into Roman law.¹⁰⁴ His work remained at the core of the education for generations of legal scholars and practitioners, until the recent rationalisation of education.

This method, today known as thinking like a lawyer, determines the way we think, reason and argue, and is an amalgam of inductive and deductive reasoning. As stated, Cicero's contribution in this respect has not been acknowledged, while Seneca has been ignored or ridiculed by jurists as part of the disdain displayed towards rhetoric by this profession. Quintilian gave an honest account of the only law school available at the time and patiently analysed a variety of legal arguments, the colour to be given to questions, answers or statements. The fact that a good advocate can successfully argue both sides of a case explains the scepticism and antagonism towards lawyers experienced by the public throughout the ages. It is a popular belief that the substitution of (the myth of¹⁰⁵) the objective truth with truthiness¹⁰⁶ is the work of lawyers.

In conclusion, the premise that the view from a mixed legal system, *in casu* the South African jurisdiction, in which the law of procedure plays a different role, may lead to different results regarding the relationship between rhetoric and Roman law, legal education in Rome as well as the absence of legal theory, appears to have kept its promise. During a crucial phase of the development of Roman law, her lawyers were taught to argue and think by professors of rhetoric; Roman law had no need for legal theory, because an over-abundance of theories concerning logic, dialectics and rhetoric was available and had been etched into their minds. Legal science was more than positivistic deduction of abstract rules of law, and the 'correct legal solution' was not the be-all and end-all of Roman law. Paulus' *regula est quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*¹⁰⁷ clearly indicates that the rule was a dialectical tool, which could be applied or not, or be applied in a modified version. "Thinking like a lawyer" meant thinking like an advocate, which meant thinking like a rhetor, that is 'how do I win this case' and using all available means of persuasion, be it logic, dialectics, inductive or deductive reasoning and whatever common sense dictated.

* Research Fellow, Emeritus Professor, University of Pretoria; hthomas@icon.co.za.

¹ Harper Lee, *To kill a mockingbird*, (New York, 1960).

² Impact on the legal profession, Atticus Finch at en.wikipedia.org/wiki/Atticus_Finch (last accessed on 30-5-2012).

³ Cf. Tobias Reinhardt, *Marcus Tullius Cicero, Topica*, (Oxford, 2003); Sara Rubinelli, *Ars Topica: The classical technique of constructing arguments from Aristotle to Cicero*, (Dordrecht/Cambridge, 2009).

- ⁴ Edward Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, vol. I, Ch. 6 at www.ccel.org/g/gibbon/decline/volume1/chap6.htm (last accessed on 14-5-2012). The original source material is found in the *Historia Augusta*.
- ⁵ Sir George Jeffreys, afterwards Lord. For his life and legal career see: Thomas Babington Macaulay, *The History of England*, 2 vols. (London, 1871), vol. 1, 165 note, 219ff, 240, 311, 313ff, 324, 344, 360, 374, 470, 483, 488, 503, 510, 535, 576, 587, 603, vol. 2, 76ff, 139, 307.
- ⁶ Roland Freisler (1893-1945), prominent Nazi lawyer, State Secretary of the Reich Ministry of Justice and President of the Volksgericht. en.wikipedia.org/wiki/Roland_Freisler (last accessed on 12-8-2012).
- ⁷ Joseph Tartokovsky, *Dickens v. Lawyers* at www.nytimes.com/2012/02/06/opinion/dickens-v-lawyers.html (last accessed on 25-6-2012)..
- ⁸ In his novel *Winter a Berlin Family 1899-1945* (London, 1987) Len Deighton's Paul Winter legalises the execution of the SA leaders (311f), advises to leave the presidency vacant at Hindenburg's death, devises the loopholes to draft the Waffen SS (359f), and gave the opinion, which caused extermination camps to be built outside the borders (395f). Although Winter is a fictitious character, it does not need an overactive imagination to realise that other, real lawyers were indeed responsible for these and similar decisions.
- ⁹ Joachim Hengstl, 'Gab es Rechtswissenschaft in der ausserrömische Antike?', in Rena van den Bergh and Gardiol van Niekerk (eds.), *Libellus ad Thomasium Essays in Roman law, Roman-Dutch law and Legal History in honour of Philip J Thomas*, (Pretoria, 2010), 164-183; Nicolaus Benke, 'In sola prudentium interpretatione. Zu Methodik und Methodology römischer Juristen', in B. Feldner and N. Forgó (eds.), *Norm und Entscheidung. Prolegomena zu einer Theorie des Falls*, (Vienna-New York, 2000), 1-85.
- ¹⁰ Hengstl, 165, 165 n. 3, 182f.
- ¹¹ Olga Tellegen-Couperus, 'Cicero and Ulpian, Two Paragons of Legal Practice', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, XV (2008), 486 at 486 and 497.
- ¹² Franz Bydlinski, 'Bewegliches System und juristische Methodenlehre', in Franz Bydlinski, Heinz Krejci, Bernd Schilcher, Viktor Steininger (eds.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, (Wien-New York, 1986), 21 at 29: Nur in einem zwar durchaus relevanten, aber eben unproblematischen Bereich routinemässiger Rechtsanwendung führt bereits blosser deduktive Ableitung aus den vorfindlichen Rechtsnormen zu eindeutigen und zureichenden Ergebnissen. Es ist der Grundfehler der üblichen rechtspositivistischen Ansätze, dass sie nur diesen Bereich und darüber hinaus nur die rechtlich freie Entscheidung des zuständigen Rechtsorgans kennen und kunstvoll alle argumentative Rechtsgewinnung dazwischen wegdefinieren. Horak, 57f.
- ¹³ Derek van der Merwe, 'Regsmethodologie: 'n Terreinverkenning in historiese perspektief', *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg*, (1987), 133.
- ¹⁴ *Topica*, II. See also X where he describes the use of similarities and comparison to reach a conclusion by way of induction, the favorite method of Socrates. Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae Graece ἐπαγωγὴ nominatur, qua plurimum est usus in sermonibus Socrates.
- ¹⁵ Bydlinski, 20-42.
- ¹⁶ In D. Kairys (ed.) *The politics of law. A progressive critique* (New York, Pantheon Books, 1982) 38-58. Kennedy's essay has been chosen on account of the fact that it accentuates certain universal aspects of legal education. However, this does not mean that all Kennedy's propositions and conclusions are unconditionally acceptable and/or universal.
- ¹⁷ Philip Thomas, 'Fin de siècle of funksionele Romeinse reg?', *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 60 (1997) 202 at 204-205.
- ¹⁸ Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechts-Sprichwörter*, (4th ed., München, 1986), 103; O. Müller, "Jura novit curia", *ZBJV* (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins), 91 (1955), 41-58. J Meier, *Jura novit curia*, (Zurich, 1975). D. Hesselberger, *Die Lehre vom Streitgegenstand, Geschichtliche Entwicklung und gegenwertiger Stand*, (Koln-Berlin-Bonn-München, 1970).

- ¹⁹ Stanley F. Bonner, *Roman Declamation in the late republic and early empire*, (Liverpool, 1949).
- ²⁰ J. Stroux, 'Summum Ius Summa Iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris', in *Festschrift Paul Speiser-Sarasin*, (Leipzig, 1926) 46.
- ²¹ F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani*, (Milan, 1938).
- ²² Stroux held that the influence of Greek rhetoric had led to the adoption of a system for free interpretation of statutes and documents on the basis of the famous *causa Curiana*. Lanfranchi gave the works of the rhetors a very high rating as evidence for the law.
- ²³ Cf. H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, (2nd ed. Cambridge, 1952), 576f; Olga Tellegen-Couperus, 'Quintilian and Roman Law', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, XLVII (2000), 167 at 167ff.
- ²⁴ Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, (München, 1953). Viehweg made a case for "topical", problem-orientated argumentation as opposed to axiomatic, systematic-deductive legal reasoning.
- ²⁵ Max Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, (Göttingen, 1962); Franz Horak, *Rationes decidendi Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, (Aalen, 1969), 45-65. The latter acknowledges the influence of Cicero's *Topica* in Roman law, but denigrates this as *Rechtspolitik*, which falls outside his dogmatic and outdated concept of *Rechtswissenschaft*. For example, p. 48: Schliesslich gibt es in dem Büchlein (=Cicero's *Topica*) so manches an Argumentationslehre, was spätere Jurisprudenz ausgiebig verwendet hat und heute noch verwendet. Aber der römische Jurist scheint zu sehr in den Schranken seines Fachs befangen gewesen zu sein, als dass er so Ungewohntes hätte in seine in seine Wissenschaft integrieren können.
- ²⁶ J. Harries, *Law and Empire*, (Cambridge, 1999), 4: the separateness of law as a discipline, with its own assumptions and intellectual tradition.
- ²⁷ The jurist Gaius Aquilius Gallus (c. 116-44 BC), a pupil of Quintus Mucius Scaevola. Gallus was a friend of Cicero and *praetor* during the same year as the latter (66 BC).
- ²⁸ *Topica* XII: Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem, inquebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid retulerat, ut de facto quaereretur. The edition by M. Nisard, *Oeuvres de Cicéron*, (Paris, 1840) has been used.
- ²⁹ Olga Tellegen-Couperus et Jan Willem Tellegen, 'Nihil Hoc ad Ius, ad Ciceronem', *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*, LIII (2006) 381-408 and 382 n. 2 for their earlier publications on the topic.
- ³⁰ That is the letter following *Ad familiares* 7.21 analysed in 'Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem'.
- ³¹ *Ad familiares* VII, 22. Illuseras heri inter scyphos, quod dixeram controversiam esse, possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere. Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput, ubi haec controversia est, notavi et descriptum tibi misi: ut scires id, quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium, M. Manilium, M. Brutum sensisse. Ego tamen Scaevolae et Testae assentior.
- ³² *De Inventione, De Oratore ad Quintum fratrem libri tres, De Partitionibus Oratoriae, De Optimo Genere Oratorum, Brutus, Orator ad M. Brutum* and *Topica*.
- ³³ For example in *Institutio Oratoria*, III, 11 Quintilian mentions how Cicero had been inconsistent and how his views in the *Rhetorica* (*Rhetorica ad Herennium*, formerly attributed to Cicero) differed from what he propounded in the *Topica* or the *Partitiones Oratoriae* regarding the status theory. See also III, 6, 58-61 and 64.
- ³⁴ The opinion of Theodor Mommsen, who earmarked Cicero as a translator and simplifier, popularising the Greek cultural heritage for a Roman audience –still visible in Horak, 47f)- is under revision. Philip Thomas, 'Bona fides, Roman values and legal science', *Fundamina A Journal of Legal History*, 10 (2004). 188 at 191; Marcia Colish, *The Stoic tradition from Antiquity to the early Middle Ages*, (Leiden, 1985), Vol. 1, 65-152.
- ³⁵ *Topica*, I; Olga Tellegen-Couperus et Jan Willem Tellegen, *RIDA*, LIII (2006) 381 at 382ff.
- ³⁶ *Topica*, II. Itaque licet definire, locum esse argumenti sedem.
- ³⁷ *Ibid.* Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia; Civil law is equity made into law to settle

the rights of the citizens; knowledge of this is useful; thus knowledge of the civil law is useful. Cf. *Topica*, VI. Sic igitur veteres praecipunt: cum sumpseris ea quae sint ei rei quam definire velis cum aliis communia, usque eo persequi, dum proprium efficiatur, quod nullam in aliam rem transferri possit. Ut haec: Hereditas est pecunia. Commune adhuc; multa enim genera pecuniae. Adde quod sequitur: quae morte alicuius ad quempiam pervenit. Nondum est definitio; multis enim modis sine hereditate teneri pecuniae mortuorum possunt. Unum adde verbum: iure; iam a communitate res diiuncta videbitur, ut sit explicata definitio sic: Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure. Nondum est satis; adde: nec ea aut legata testamento aut possessione retenta; confectum est. The definition must after having described the commonalities with other things continue until the particular characteristic, which does not apply to anything else, has been expressed. For example, an inheritance is money (common), which by someone's death comes to another (no definition yet) lawfully (no longer general), without being a legacy in a will or held in retention.

³⁸ *Topica*, II. Si neque censu nec vindicta nec testamento liber factus est, non est liber; neque ulla est earum rerum; non est igitur liber; If a slave has not been manumitted by the censor, praetor or by his master's will, he is not free. None of these apply, so this man is not free. ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat; Civil law consists of statutes, *Senatus Consulta*, precedents, opinions of jurists, edicts of magistrates, customs and equity.

³⁹ *Topica*, VIII. non dico quae sint postlimini; nam id caderet in divisionem, quae talis est: Postliminio redeunt haec: homo, navis, mulus clitellarius, equus, equa quae frenos recipere solet; *Postliminium* applies to man, ship, mule, horse and bridled mare. Philip Thomas, 'The vicissitudes of the application of *postliminium* to movable property in 17th century international law', *THRHR*, 71 2 (2008), 272 at 273ff.

⁴⁰ *Topica*, III. Si compascuus ager est, ius est compascere; If the grazing is common, everyone is entitled to graze his cattle on it.

⁴¹ *Topica*, III. Quoniam argentum omne mulieri legatum est, non potest ea pecunia quae numerata domi relicta est non esse legata; forma enim a genere, quoad suum nomen retinet, nunquam seiungitur, numerata autem pecunia nomen argenti retinet; legata igitur videtur; As all money has been left to his wife, it is impossible that the ready money in the house was not left to her. For species is never excluded from genus as long as it retains the same name. Ready money is called money and is thus part of the legacy.

⁴² *Topica*, III. Si ita Fabiae pecunia legata est a viro, si ei viro materfamilias esset; si ea in manum non convenerat, nihil debetur. Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrumfamilias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur. Qua in parte cum fuerit Fabia, legatum ei non videtur; If an amount of money was left to Fabia by her husband on condition that she was *materfamilias*; if she had not been under his marital power, she would get nothing. The *genus* is wife, of whom there are two species, namely, the *materfamilias* married *cum manu* and the wife without *manus*. Since Fabia belonged to the latter group, she did not get the legacy. Also IX dealing with rainwater.

⁴³ *Topica*, VIII. Scaevola autem P. F. iunctum putat esse verbum, ut sit in eo et post et limen; ut, quae a nobis alienata, cum ad hostem pervenerint, ex suo tamquam limine exierint, hinc ea cum redierint post ad idem limen, postliminio redisse videantur. Quo genere etiam Mancini causa defendi potest, postliminio redisse; deditum non esse, quoniam non sit receptus; nam neque deditioem neque donationem sine acceptioem intellegi posse; Scaevola, the son of Publius, holds that *postliminium* is a compound word, made from *post* and *limen*: in this way property lost to the enemy, which has as it were left our doorway, will become ours again by the law of *postliminium* when it comes back in our doorway. This can be used as a defence in the case of Mancinus, arguing that he returned according to *postliminium*; he has not been handed over, because he had not been accepted, since it is inconceivable that something is delivered or donated, if it has not been accepted. Cicero refers to the consul Caius Hostilius Mancinus, who after losing a battle negotiated a surrender of his troops and concluded a peace treaty with an Iberian city. Rome refused to

accept this treaty and in order to invalidate it, handed Mancinus over to the Spaniards. The latter, however, returned him to Rome. See also Thomas, *THRHR*, 71 2 (2008), 272 at 273ff.

⁴⁴ *Topica*, III. Si aedes eae corruerunt vitiumve faciunt quarum usus fructus legatus est, heres restituere non debet nec reficere, non magis quam servum restituere, si is cuius usus fructus legatus esset deperisset; If a house over which you had usufruct collapsed or fell into disrepair, the heir is under no duty to rebuild or repair, just the same as he is not obliged to replace a slave subject to usufruct, if the slave died. Also X. Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae Graece *ᾤπαγγο* nominatur, qua plurimum est usus in sermonibus Socrates; If a guardian, a partner and a mandatee and a *fiduciarius* have to act in accordance with good faith, an agent should do the same. In chapter X Cicero refers to the use of similarities by Crassus in the *causa Curiana* and the frequent use of analogies by the jurists in their opinions.

⁴⁵ *Topica*, III. Non, si uxori vir legavit argentum omne quod suum esset, idcirco quae in nominibus fuerunt legata sunt. Multum enim differt in arcane positum sit argentum an in tabulis debeatur; Where a husband had left his wife all his money, it does not follow the money owed to him was part of the legacy; because there is a big difference between cash money in the safe and debt written up in a ledger.

⁴⁶ *Topica*, III. Non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usum fructum legavit cellis vini et olearii plenae relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim, non abusus, legatus est. Ea sunt inter se contraria; Where a husband left his wife the usufruct over his estate and he died leaving cellars and stores full of wine and oil, she must not consider that this belongs to her; for he left her the use and not the right of consumption or alienation and these two are contrary. Also XI. Si hoc est, illud non est; If this is the case, that is not.

⁴⁷ *Topica*, IV. Si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. Adiungitur enim, ut secundum servorum, secundum exsulum, secundum puerorum tabulas possessio videatur ex edicto dari. If a woman who has never changed status has made a will, it appears that *bonorum possessio* cannot be granted in terms of the praetorian edict on the basis of this will. Otherwise the corollary would be that *bonorum possessio* should also be granted in accordance with the wills of slaves, exiles or boys. In XII Cicero returns to this topic: Sed locus hic magis ad coniecturales causas, quae versantur in iudiciis, valet, cum quaeritur quid aut sit aut evenierit aut futurum sit aut quid omnino fieri possit. Ac loci quidem ipsius forma talis est. Admonet autem hic locus, ut quaeratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenierit. 'Nihil hoc ad ius; ad Ciceronem,' inquit Gallus noster, si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaereretur. Est igitur magna ex parte locus hic oratorius non modo non iuris consultorum, sed ne philosophorum quidem. This topic is more suited to conjectural cases in court, when it is sought to establish either what is or what happened or what will be or whether something could be possible. He refers to Gallus' comment in this context and states that questions of fact are mostly important to barristers and not to jurists or philosophers. See Tellegen-Couperus and Tellegen, *RIDA*, LIII (2006) 381-408 for a detailed analysis.

⁴⁸ *Topica*, IV. Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet; If the divorce was caused by the fault of the husband, even if the wife had asked for divorce, she does not have to forfeit to him a part of her dowry on account of the children.

⁴⁹ *Topica*, IV. Si mulier, cum fuisset nupta cum eo quicum conubium non esset, nuntium remisit; quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur, pro liberis manere nihil oportet; If a woman married a man with whom she had no *conubium* and asked for divorce, the father has no right to retain anything of her dowry for the children, because they do not follow him. Also XIII where he defines consequences as the necessary results of an action: Ea enim dico consequentia quae rem necessario consequuntur.

⁵⁰ *Topica*, XIII. Cum tripertito igitur distribuatur locus hic, in consecutionem, antecessionem, repugnantiam, reperiendi argumenti locus simplex est, tractandi triplex. Nam quid interest, cum hoc sumpseris, pecuniam numeratam mulieri deberi cui sit argentum omne legatum, utrum hoc modo concludas argumentum: Si

pecunia signata argentum est, legata est mulieri. Est autem pecunia signata argentum. Legata igitur est; an illo modo: Si numerata pecunia non est legata, non est legatum pecunia argentum. Est autem numerata pecunia argentum; legata igitur est; an illo modo: Non et legatum argentum est et non est legata numerata pecunia. Legatum autem argentum est; legata igitur numerata pecunia est? Even if we divide this topic in three parts, antecedent, consequence and inconsistency, the place to find an argument is simple, as there are three ways to handle it. Because what does it matter if you have assumed that a wife is entitled to the coined money, when all money has been left to her, if you argue in the following way: if coined money is money, it has been left to the wife. Coined money is money, thus it has been left to her; or, if ready money was not included in the legacy, ready money is not money. Ready money is money, thus it was included in the legacy; or, it is impossible that money has been left in a legacy and ready money not. Money has been left, thus the ready money was left. In chapter XIV Cicero refers to the use of a *contrario* arguments by jurists, and briefly sets out the seven modes of conclusion developed by the dialecticians.

⁵¹ *Topica*, IV. Omnibus est ius parietem directum ad parietem communem adiungere vel solidum vel fornicatum. Sed qui in pariete communi demoliendo damni infecti promiserit, non debet praestare quod fornix viti fecerit. Non enim eius vitio qui demolitus est damnum factum est, sed eius operis vitio quod ita aedificatum est ut suspendi non posset; All owners have the right to add to a common part wall, solid or arched; but he who has promised to pay for any damages caused to the party wall, will not be liable for accidents sustained by the arch. For such damage is not due to the fault of the person demolishing the party wall, but the result of the architect's fault, because he did not support the arch enough. In chapter XV the *conditio sine qua non* is presented as well as intention, and reference is made by hitting somebody by accident and the weapon that flew from his hand instead of having been thrown.

⁵² *Topica*, IV. Cum mulier viro in manum convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine. If a woman marries *cum manu*, everything she owns becomes the property of her husband under the name of dowry.

⁵³ *Topica* IV. Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat; Since *usufructus* of a piece of land takes two years, it should be the same in respect of houses. But houses are not mentioned in the statute and so they are supposed to fall under all other things, for which the term is one year. Equity must prevail which demands similar law in similar cases.

⁵⁴ *Topica*, IV. Quoniam P. Scaevola id solum esse ambitus aedium dixerit, quod parietis communis tegendi causa tectum proiceretur, ex quo tecto in eius aedis qui protexisset aqua deflueret, id ambitus videri; Publius Scaevola asserted that there was no right of carrying that roof. See also chapters XIX and XX.

⁵⁵ *Topica*, XVII. Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. [66] In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oportere, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligentiorum argumentorum cognitio locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare; Cicero is of the opinion that in important civil cases the decision appears to depend to a large extent on the sharpness of the jurists, whose advice is constantly sought. He refers to their expertise on what is meant by 'in accordance with good faith', 'reasonable man', 'most equitable'; how they have developed the duties of partners and the *negotiorum gestor*, the rights and duties of mandator and mandatee, as well as husband and wife. See Tellegen CHECK

⁵⁶ *Topica*, XXI. Expositis omnibus argumentandi locis illud primum intellegendum est nec ullam esse disputationem in qua non aliquis locus incurrat, nec fere omnis locos incidere in omnem quaestionem et quibusdam quaestionibus alios, quibusdam alios esse aptiores locos; In every discussion one or more

topics will apply, but different topics are suited for different questions. He further develops this point in chapter XXIII. In chapters XXI and XXII Cicero had explained the differences between hypothesis and proposition, theoretical and practical questions; how each theoretical question has three parts and how conjecture, definition and the distinction between right and wrong deal with the existence, nature and qualities of a thing. Practical questions deal with duties or emotions. Cf. Tellegen-Couperus and Tellegen, *RIDA*, LIII (2006), 384: The correct status had to be determined methodically before a *topos* could be found and standard arguments could be produced. The status doctrine of Hermagoras therefore involved a search for the correct *topos*.

⁵⁷ *Topica*, XXIII. Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colliguntur. Hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. Natura partes habet duas, tributionem sui cuique et ulciscendi ius. Institutio autem aequitatis tripartita est: una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata. Atque etiam aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere. Prima pietas, secunda sanctitas, tertia iustitia aut aequitas nominatur; For questions of right and wrong the topics of equity apply. These are divided into two classes: the first derive from nature and the second from human conventions. From nature two rights are derived, the right of self-preservation and the right to revenge. Conventional justice has three parts: the first rests on the laws, the second on agreements and the third on old customs. From another perspective we can also distinguish between three types of justice: the first relating to the gods, the second to the souls of the deceased and the third to men, respectively named piety, sanctity and justice or equity.

⁵⁸ *Topica*, XXIV. Nam iudici finis est ius, ex quo etiam nomen. Iuris autem partes tum expositae, cum aequitatis; The purpose of each judgment is the law, *jus*, from which the name is derived.

⁵⁹ *Topica*, XXIV. quae in accusationem defensionemque partitae; in quibus existunt haec genera, ut accusator personam arguat facti, defensor aliquid opponat de tribus: aut non esse factum aut, si sit factum, aiud eius facti nomen esse aut iure esse factum. Itaque aut infitalis aut coniecturalis prima appelletur, definitiva altera, tertia, quamvis molestum nomen hoc sit, iuridicialis vocetur. The prosecutor makes an accusation. The defence can raise one of the following three: first that the action of which he is accused has not taken place; or, if it did take place, it does not deserve the name given to it; or, finally that it was justified. Thus the first question is denial or conjectural; the second is a question of definition and the third, even if the name is not popular, is judicial. XXV. Refutatio autem accusationis, in qua est depulsio criminis, quoniam Graece stāsīw dicitur appelletur Latine status; in quo primum insistit quasi ad repugnandum congressa defensio. Refuting the accusation is called *stasis* in Greek and *status* in Latin. Sed quae ex statu contentio efficitur, eam Graeci krinòmenon vocant, mihi placet id, quoniam quidem ad te scribo, qua de re agitur vocari. Quibus autem hoc qua de re agitur continetur, ea continentia vocentur, quasi firmamenta defensionis, quibus sublatis defensio nulla sit. Once position has been taken the Greeks call it *krinomenon*, but for you I will call it the legal question... Sed quoniam lege firmius in controversiis disceptandis esse nihil debet, danda est opera ut legem adiutricem et testem adhibeamus. In qua re alii quasi status existunt novi, sed appellentur legitimae disceptationes. Tum enim defenditur non id legem dicere quod adversarius velit, sed aliud. Id autem contingit, cum scriptum ambiguum est, ut duae sententiae differentes accipi possint. Tum opponitur scripto voluntas scriptoris, ut quaeratur verbane plus an sententia valere debeant. Tum legi lex contraria affertur. Ista sunt tria genera quae controversiam in omni scripto facere possint: ambiguum, discrepantia scripti et voluntatis, scripta contraria. Iam hoc perspicuum est, non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere. Horum tractationes in aliis libris explicantur. And since to settle a discussion nothing is more powerful than the law, we must have the law on our side. Here new choices on legal questions must be made. Sometimes it is submitted that the law is not as the adversary claims it to be, but different; this happens when the expression is ambiguous or may have different meaning. At other times the intention of the legislator is contrasted to the letter of the law, and the question is raised whether the letter should prevail. Other times a rule of

law is opposed to another conflicting rule. Thus, in regard of each document three points can be raised: ambiguity, contradiction between *verba* and *voluntas*, and conflict between documents.

⁶⁰ Jacob Burckhardt, *Griechische Kulturgeschichte*, Erster Band, Einleitung. Wir sehen mit den Augen der Griechen und sprechen mit ihren Ausdrücken. At www.zeno.org/Geschichte/M/Burckhardt,+Jacob/Griechische+Kulturgeschichte/Erster+Band/Einleitung (last accessed on 7-8-2012).

⁶¹ Tacitus, *Annales*, 14, 53. Bonner, 31.

⁶² At 18: All experienced lawyers know from practice that most cases do not pose any problem of law so that only the facts of the case need to be disputed. Evidence is brought to prove the contested facts and the judge merely has to decide whether the evidence was or was not satisfactory.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Supra* note 12.

⁶⁵ Bydlinski, 28.

⁶⁶ At 28f.

⁶⁷ *Supra* note 19.

⁶⁸ Plutarchus, *Vie de Cicéron* (traduit par Amyot), in M. Nisard, *Oeuvres complètes de Cicéron*, (Paris, 1840), Vol. 1, i-xciiij.

⁶⁹ Bonner, 83.

⁷⁰ Encolpius in Petronius' *Satyricon*, c. 1. For ancient criticism see: Bonner, 71-83.

⁷¹ Marcus Fabius Quintilianus (c. 35 AD – c. 100 AD). Tellegen-Couperus, *RIDA*, XLVII (2000), 171.

⁷² The reason for this disregard by Romanists and the importance of his work for our knowledge and understanding of Roman law is explained by Tellegen-Couperus, *RIDA*, XLVII (2000), 167-177.

⁷³ *Institutio Oratoria*, II, 15.

⁷⁴ II, 15, 27-32.

⁷⁵ II, 16, 2.

⁷⁶ II, 17, 19.

⁷⁷ II, 17, 30.

⁷⁸ III, 1 and 2.

⁷⁹ III, 3-9.

⁸⁰ III, 9, 1. Nunc de iudiciali genere, quod est praecipue multiplex, sed officiis constat duobus intentionis ac depulsionis.

⁸¹ III, 9, 1-6. Quintilian explains that partition, proposition and digression are sometimes added, but explains this and other additions are nonsense.

⁸² III, 9, 6. sed ante omnia intueri oportet, quod sit genus causae, quid in ea quaeratur, quae prosint, quae noceant, deinde quid confirmandum sit ac refellendum, tum quo modo narrandum.

⁸³ III, 9, 8. antiquam dicere aut scribere ordiamur, ita incipiendum ab iis, quae prima sunt. Nam nec pingere quisquam aut fingere coepit a pedibus. (nobody starts a portrait or a statue with the feet.)

⁸⁴ III, 10, 5. Cum apparuerit genus causae, tum intuebimur, negeturne factum, quid intenditur, an defendatur, an alio nomine appelletur, an a genere actionis repellatur; unde sunt status. In III, 10, 1-5 he has distinguished simple, complex and comparative cases. In III, 11 the status theory of Hermagoras is explained at the hand of the example of the killing of Clytemnestra. Also III, 6 for a general exposition of status theories and III, 6, 66ff for his own views in this respect.

⁸⁵ III, 11, 21. Verum haec adfectata subtilitas circa nomina rerum ambitiose laborat. III, 11, 24. Neque est vere quisquam modo non stultus, quin sciat, et quid litem faciat, (quod ab illis causa vel continens dicitur) et quae sit inter litigantes quaestio, et de quo iudicari oporteat, quae omnia idem sunt. (Since anybody but a fool knows that the main issue(or what they call it) and the legal question and the point on which the judge must decide are all identical.

⁸⁶ Judge or jury.

⁸⁷ IV, 1, 5 and IV, 1, 34.

⁸⁸ IV, 1, 6. Benevolentiam aut a personis ducimus aut a causis accipimus. Also IV, 1, 16 and IV, 1, 33

⁸⁹ IV, 1, 76. In the next paragraph Quintilian refers to the fashion in the schools to mark this transition with some epigram, which the elder Seneca liked so much.

⁹⁰ IV, 2, 21.

⁹¹ IV, 2, 31. lucidem, brevem, verisimilem. For what to do if the facts are against us, see IV, 2, 66ff. The use of euphemisms is advised in IV, 2, 77. If you lie, do it consequently and persistently, IV, 2, 89ff.

⁹² IV, 2, 132.

⁹³ IV, 4 and 5.

⁹⁴ V, 4. Evidence extracted by torture; V, 7. Documentary and oral evidence. V, 9. Circumstantial evidence.

⁹⁵ V, 2. Previous decisions, precedents, *praeiudicia* and judgments passed on the actual case.

⁹⁶ V, 10, 100ff; V, 13, 59f; V, 14, 27 and 31f.

⁹⁷ V, 10, 20ff.; V, 11 and 12. V, 10, 91. Ergo, ut breviter contraham summam, ducuntur argumenta a personis, causis, locis, tempore (cuius tres partes diximus, praecedens, coniunctum, insequens), facultatibus (quibus instrumentum subiecimus), modo (id est, ut quidque sit factum), finitione, genere, specie, differentibus, propriis, remotione, divisione, initio, incrementis, summa, similibus, dissimilibus, pugnantibus, consequentibus, efficientibus, effectis, eventis, comparatione, quae in plures diducitur species.

⁹⁸ V, 13, 60.

⁹⁹ V, 14, 4. Optimum autem videtur enthymematis genus, cum propositio dissimili vel contraria ratio subiungitur.

¹⁰⁰ V, 14, 6. Mihi et pluribus nihilominus auctoribus tres summum videntur. Nam ita se habet ipsa natura, ut sit, de quo quaeratur et per quod probetur; tertium adiici potest velut ex consensu duorum antecedentium. Ita erit prima intentio, secunda, adsumptio, tertia connexio. Nam confirmatio primae ac secundae partis et exornatio eisdem cedere possunt, quibus subiiciuntur.

¹⁰¹ V, 14, 14. Epichirema autem nullo differt a syllogismis, nisi quod illi et plures habent species et vera colligunt veris, epi chirematis frequentior circa credibilia est usus.

¹⁰² V, 14 14f. In V, 14, 18ff Cicero's *Pro Milone* is used to exemplify.

¹⁰³ Quintilian, V, 10, 120. Neque enim artibus editis factum est, ut argumenta inveniremus, sed dicta sunt omnia, antequam praeciperentur, mox ea scriptores observata et collecta ediderunt. Also V, 10, 121.

¹⁰⁴ Cf. Horak, 48: Schliesslich gibt es in dem Büchlein (=Cicero's *Topica*) so manches an Argumentationslehre, was spätere Jurisprudenz ausgiebig verwendet hat und heute noch verwendet. At 57: Niemand wird bestreiten, dass in der Jurisprudenz heute wie eh und jemit diesen "Gesichtspunkten" argumentiert wird. Es sei also rundweg zugegeben, dass die Jurisprudenz tatsächlich topisch arbeitet.

¹⁰⁵ The archetype of the correct legal solution. For the latter see Thomas, *THRHR*, 60 (1997) 202 at 207ff.

¹⁰⁶ Richard Lacayo, 'True Lies. A new show explores art in the age of Stephen Colbert', *Time*, August 20, 2012, 48. The word truthiness was coined by Stephen Colbert in 2005 to denote the increasingly seductive plausibility of dubious "facts."

¹⁰⁷ *Dig.* 50,17, 1.

ARTICOLE

RĂSPUNDEREA STATULUI PENTRU ACTELE ORGANELOR DE STAT ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL

Alexandru CUCU*

Abstract: State responsibility for the conduct of state organs in international law.

The purpose of this paper is to describe briefly the issue of state responsibility in international law, with a special analysis of the situation of state responsibility for the conduct of state organs. This writing is an introduction to the study of international responsibility of states. In this work I tried to describe the shape of the subject in a general manner. I discussed also the problems of attribution of conduct of states organs to the state. I have tried to correlate the work of International Law Commission on state responsibility with the issue of authority.

I exposed a critique of an author on the conception of state responsibility adopted by the ILC.

The classic hypothesis in which the state responsibility is engaged it is for the conduct of it's organs. I explained the meaning of the term organ in accordance with the view of ILC.

In the end I attempted to make a connection of the ILC drafts on state responsibility for internationally wrongful acts and the three types of law described by Georg Schwarzenberger. Ideal types of law that could enable us to understand better a legal system.

Key Words: *State responsibility ; organs of a state; the three types of law; epistemic community, internationally wrongful act; attribution, primary rules; secondary rules; jus dispositivum; epistemic authority; direct responsibility; vicarious responsibility ; liability .*

Cuvinte cheie: *Răspunderea statului; organe statale; cele trei tipuri de drept; comunitate epistemică; ilicit internațional; imputabilitate; norme primare; norme secundare; jus dispositivum; autoritate epistemică; răspundere directă; răspundere indirectă; răspundere obiectivă*

1. Obiectul acestei lucrări este acela de a descrie în linii mari problematica răspunderii statului în dreptul internațional, cu aplecare spre cazul specific, al *răspunderii statului pentru actele organelor sale*. Acest studiu nu are pretenții de originalitate, ci

are un rol introductiv în subiectul acesta vast – răspunderea statului în dreptul internațional - o instituție esențială pentru orice sistem de drept. Ca atare poate fi considerat o propedeutică referitoare la răspunderea statului, cu o analiză mai de detaliu, pentru ipoteza specifică a răspunderii statului pentru actele organelor sale.

2. Nu mi-am propus să tratez această temă în mod exhaustiv. Scopul meu declarat este acela de a trasa contururile principale ale acestui subiect. Vastitatea¹ subiectului este covârșitoare, să nu uităm ca travaliul Comisiei de Drept Internațional privind răspunderea statului este lung, de peste 40 de ani. Ca punct de pornire am avut în considerare pentru trasarea „conturilor”, materialele CDI în special anuarul acestei comisii, publicat în 2001 (**Yearbook of the International Law Commission**, 2001, vol. II) - comisie cu un statut epistemologic de netăgăduit în această materie, și nu numai, această comisie din cadru ONU s-a mai ocupat de codificarea printre altele a dreptului tratatelor, al imunităților de jurisdicție în dreptul internațional, ș.a.

3. Lucrarea are următoarea structură: în prima parte am „plonjat” în instituția răspunderii în dreptul internațional - o privire generalistă, de suprafață, cu indicarea principalelor repere și direcții referitoare la această instituție; a doua parte am dedicat-o cazului particular în care statul răspunde pentru actele organelor proprii. În această din urmă parte am încercat să analizez și să exemplific cu jurisprudență, cum anumite fapte ale unor organe statale sunt atribuite statului. Analiza întreprinsă se vrea una ilustrativă, ci nu una riguroasă și completă.

4. Trebuie totuși să rămân cu ideea că ”răspunderea” așa cum a fost ”construită” de CDI - este o construcție teoretică de un înalt rafinament, construcție ce se vrea de factură universală; universală cu înțelesul că această răspundere ia naștere indiferent de ce fel de obligații internaționale sunt transgresate. Aici se observă amprenta tradiției juridice romano-germanice. Tradiția de *common law* fiind mai circumspectă cu privire la asemenea generalizări. De pildă Philip Allott în eseul său intitulat „**State Responsibility and the Unmaking of International Law**” (Răspunderea statului și destrămarea dreptului internațional) afirmă următoarele: „Două consecințe dăunătoare reies din utilizarea termenului „răspundere” ca o categorie generală și independentă în dreptul internațional. Prima consecință dăunătoare rezultă din consacrarea ideii că fapta ilicită este efectul comportamentului unei categorii generale de subiecte, cunoscute sub denumirea de «state», nefiind considerat comportamentul unor oameni responsabili din punct de vedere moral. Astfel se pune sub umbră faptul că încălcările dreptului internațional sunt produse de către oameni responsabili moralmente, persoane ce determină comportamentul statelor; aceste fapte fiind atribuite formal subiectelor de drept cunoscute sub denumirea de state. A doua consecință dăunătoare: astfel dacă răspunderea există ca o categorie juridică - ar trebui să-i fie dată o substanță juridică. În mod specific, condițiile generale ale răspunderii

trebuie să fie create pentru a fi aplicate apoi asupra tuturor drepturilor și obligațiilor. Rezultatul ce decurge din cele spuse, este că consecința ce se ivește din impunerea acestei răspunderi compromite serios scopul răspunderii, nu numai prin conceptualizarea acesteia (prima consecință negativă), dar de asemenea prin lăsarea unor lacune ce dau loc interpretării în cazuri concrete (a doua consecință negativă). Acolo unde juriști lasă loc pentru interpretare acolo se găsește loc pentru injustiție².” Am ales să reproduc (să traduc) acest citat pentru a pune în lumină existența și a unor opinii „disidente” asupra concepțiilor CDI - nu că nu ar fi fost niște profesioniști în gândirea și elaborarea proiectului de articole privind răspunderea, ci doar că această formă abstractă poate duce la rezultate injuste în practică. În viziunea autorului mai sus citat, ficțiunea răspunderii statului are efecte pernicioase prin faptul că ar putea duce la injustiție.

Aici se observă spiritul „inductiv” ce caracterizează sistemul de *common law* (faptele crează dreptul) spre deosebire de spiritul „deductiv” al sistemul continental (texte generale, abstracte, aplicate miriadelor de fapte concrete).

Eșafodajul teoretic al răspunderii internaționale este tributar doctrinei continentale, nume ca Roberto Ago și Dionisio Anzilotti au avut un cuvânt greu de spus în adoptarea acestei viziuni „generaliste”.

Faptul că multe domenii au regimuri specifice și speciale (drepturile omului, dreptul mării, dreptul spațial etc.), iar regimul general al răspunderii funcționează ca *jus dispositivum*, dă naștere la mai multe semne de întrebare. Oare aceste regimuri nu sunt suficiente siesi? De ce ar mai fi necesar un regim general?

5. În orice sistem de drept instituția răspunderii ocupă un rol central. Subiectele de drept răspund pentru comportamentul lor contrar dreptului obiectiv. Statul ca subiect de drept internațional, având personalitate juridică răspunde pentru asumarea obligațiilor internaționale.

6. Teoria răspunderii juridice a statului³ s-a dezvoltat de-a lungul istoriei, căpătând diferite aspecte și nuanțe. Dicționarul de terminologie de drept internațional publică următoarea definiție răspunderii internaționale: obligația care îi revine conform dreptului internațional public, statului căruia i se impută un act sau o omisiune contrară obligațiilor sale internaționale, de a furniza reparația statului care a fost victima actelor sale sau persoanelor ori bunurilor cetățenilor săi⁴. Iar în **The Oxford Companion to Law**, apare următoarea definiție: răspunderea statului este principiul de drept conform căruia statul ca și persoană juridică (subiect de drept) în dreptul internațional este ținut răspunzător pentru încălcarea angajamentelor sale și pentru faptele ilicite săvârșite – fiind astfel obligat la restituire ori reparație⁵.

7. În dreptul internațional există o regulă cutumiară (normă) care prescrie că statul ce săvârșește un act ilicit este răspunzător de acel fapt⁶. Răspunderea internațională apare ca o garanție a respectării normelor de drept internațional, acest

lucru contribuie la păstrarea ordinii internaționale. Regimul juridic al răspunderii internaționale este de factură cutumiară⁷ și funcționează ca *jus dispositivum*⁸. Dreptul convențional reglementează răspunderea statului numai în anumite cazuri izolate ca *lex specialis (self-contained regimes)*, nereglementând un regim general al răspunderii.

8. Jurisprudența internațională recunoaște în hotărârile sale că orice act ilicit, calificat astfel de dreptul internațional atrage răspunderea respectivului stat. În ceea ce privește existența obligații de a repara dauna produsă, acest lucru este un principiu de drept internațional, chiar o concepție generală în teoria dreptului și anume că încălcarea angajamentelor implică obligația de a repara prejudiciul produs⁹. Astfel încălcarea unui tratat constituie un fapt ilicit conform dreptului internațional chiar dacă în prevederile tratatului nu se leagă nici o consecință în ceea ce privește neîndeplinirea obligațiilor convenționale¹⁰.

9. Sintaxa răspunderii internaționale încapsulează următoarele elemente: *faptul generator al răspunderii, condițiile atribuirii (imputării) faptului ilicit* statului ca persoană juridică și *consecințele săvârșirii faptei* (particular vorbind diferitele forme de reparație¹¹). Aceste trei coordonate ale răspunderii internaționale sunt aprofundate¹² și în proiectul de articole CDI. Analiza acestor elemente va fi succintă, neîncercând a detalia diversele concepții, ci doar a arunca o anumită otheadă eșafodajului teoretic al răspunderii internaționale.¹³ Acest lucru e făcut cu scopul de a facilita o analiza mai detaliată a răspunderii statului pentru actele organelor de stat în dreptul internațional, problematică ce va fi abordată mai pe larg în cele ce vor urma.

10. Răspunderea internațională a statului decurge din acțiunile sau omisiunile organelor și funcționarilor săi, ce încalcă dreptul internațional. În literatura de specialitate se vorbește despre două concepții (teorii) privitoare la faptul ce dă naștere răspunderii¹⁴ internaționale. Aceste două teorii sunt: teoria culpei ce susține că faptul generator al răspunderii necesită pe lângă caracterul ilicit și existența culpei¹⁵ manifestată sub forma dolului, omisiunii sau neglijenței, această abordare este specifică școlii clasice a dreptului internațional începând cu Hugo Grotius. A doua abordare denumită concepția obiectivă¹⁶ are ca temei garanția ce decurge din activitatea statală, contrară dreptului internațional și presupune ca repararea daunei se face independent de vinovăție; imputabilitatea faptei ilicite a statului este condiția necesară și suficientă a angajării răspunderii. O proliferare a organelor statale și a agențiilor acestuia s-a soldat cu o aplicare crescută a răspunderii obiective¹⁷. Această teorie vine ca o critică la adresa primeia, promotor al acestei opțiuni fiind Dionisio Anzilotti.

11. O distincție importantă trebuie făcută în ceea ce privește răspunderea statului. Răspunderea statului este de două feluri: *directă* și *indirectă*. *Răspunderea directă* ia naștere în sarcina statului pentru actele proprii - pentru actele organelor sale,

pentru actele entităților subordonate ori pentru faptele persoanelor fizice îndrituite de către dreptul intern.¹⁸ Această ipoteză a răspunderii directe este subsumată actelor săvârșite în contul statului ori de către organele sale constituționale (autoritate legislativă, executivă și judecătorească) ori de către alte organe autorizate chiar și de persoane fizice împuternicite legal – acte ce se înscriu *intra vires* puterilor statale. *Răspunderea indirectă* este acea formă a răspunderii pe care o poartă statul față de alte acte în afară de cele proprii, cum ar fi: actele organelor sale comise *ultra vires*, pentru actele propriilor resortisanți și chiar pentru străini rezidenți pe propriul teritoriu.¹⁹ În proiectul de articole al CDI această problemă este abordată incidental în articolele 4-10 ce încearcă să sistematizeze în mod general ce comportamente ale diferiților indivizi trebuie atribuite statului.

12. Fapta ilicită²⁰ a statului - cea care dă naștere răspunderii acestuia a fost divizată în două categorii. În proiectele anterioare de articolele ale CDI de până în 2001 ilicitul internațional era de două feluri: delictelor și crimele²¹ internaționale. Această dihotomie a fost abandonată în proiectul de articole din 2001 datorită unor controverse de natură politică și teoretică asupra cărora nu voi insista.

13. În legătură cu determinarea faptelor ce sunt licite sau ilicite, acest lucru este circumscris de normele primare²² ale dreptului internațional.²³ Faptul ilicit din punct de vedere internațional creează raporturi juridice internaționale, potrivit concepțiilor clasice aceste raporturi se prezintă exclusiv ca raporturi bilaterale între statul care a comis fapta și statul care a fost vătămat²⁴. În lucrările CDI se face distincția²⁵ pe de o parte între normele primare (*primary rules*) ce impun statelor anumite comportamente ce trebuie urmate și normele secundare²⁶ (*secondary rules*) ce determină consecințele legale ale neîndeplinirii obligațiilor impuse de normele primare (aceste obligații cuprind toate tipurile de obligații internaționale indiferent de izvorul lor, materia reglementată sau de importanța lor).

14. Faptele internaționale ilicite pot fi comise împotriva unor „obiecte” atât de diverse încât nu se poate face un inventar exhaustiv al acestora. Unele exemple se pot da pentru o ilustrare a ilicitului internațional. Astfel un stat ar putea fi prejudiciat printr-o intervenție nejustificată în afacerile sale interne, prin violarea frontierelor de stat, prin încălcarea demnității statului (aplicarea unor tratamente ostile agenților diplomatici); aceste comportamente afectează drepturile ce sunt exercitate în concordanță cu competențele teritoriale ale statului. Mai pot fi și încălcări ale drepturilor în exercitarea competențelor personale²⁷ cum ar fi naturalizările forțate ale propriilor cetățeni ce au reședința în străinătate. De asemenea în materia tratatelor un act ce încalcă obligațiile izvorâte din tratat constituie un act ilicit. În timp de război un stat mai poate suferi pagube datorită actelor contrare lui *jus in bellum*. Se mai pot aminti și încălcările ce decurg din regimurile particulare (mai

coerente ca structură, totuși regimuri limitate *ratione materiae*) cum ar fi: drepturile omului, dreptul internațional al mediului, dreptul umanitar, dreptul mării, dreptul economic internațional ș.a.

15. Imputarea²⁸ comportamentului unor agenți statali ori chiar conduita persoanelor fizice statului este o problemă delicată ce a suscitât dezbateri asidue pentru a se ajunge la o anumită clarificare, limpezirea a acestei probleme spinoase. Imputabilitatea constă în încadrarea anumitor conduite individuale ale unor organe sau persoane - în categoria celor pe care dreptul internațional le consideră ca fiind fapte ale statului²⁹. Concepția atribuirii comportamentelor individuale ce încalcă o obligație internațională a statului apare ca o relație de cauzalitate³⁰ ce există între actul contrar dreptului internațional și comportamentul statului ce este considerat³¹ autorul aceluși act. Două observații sunt necesare pentru a clarifica concepția imputabilității. *Primo*, atribuirea³² unor acte ale persoanelor statului ia naștere numai în cazurile prevăzute de normele de drept internațional, care rămân indiferente la latura subiectivă a agentului. *Secundo*, dreptul internațional nu intervine în organizarea internă a statului, astfel din perspectiva dreptului internațional nu se poate stabili dacă agentul a acționat *intra vires* ori *ultra vires*.³³

16. Acestea fiind spuse, atunci când statul răspunde pentru faptele ilicite³⁴ săvârșite, statul trebuie să suporte anumite consecințe ce decurg din ordinea de drept internațională. Cu alte cuvinte, încălcarea ordinii internaționale, comisă de către un stat dă naștere obligației de a repara; în general această obligație constă în restabilirea situației anterioare³⁵. În principal consecințele răspunderii sunt: autoprotecția³⁶ (*self-help*), restituirea și reparația. Aceste probleme sunt doar amintite, o analiză a lor ar necesita o altă lucrare; în această ordine de idei mi-am propus să fac doar o compilație a punctelor cheie din tematica răspunderii statului în dreptul internațional. Iar în ceea ce privește analiza cazurilor concrete de răspundere a statului pentru actele organelor de stat, țelul este acela de a studia mai îndeaproape jurisprudența internațională și bineînțeles în corelație cu proiectul de articole al CDI. În ceea ce privește codificarea cutumelor referitoare la răspunderea³⁷ statului, Comisia a întreprins o muncă ce avut ca scop clarificare și organizare doctrinei pentru un posibil moment când acest proiect ar putea să devină un tratat.

17. O ultimă problemă ar fi cazurile care exclud caracterul ilicitului internațional. Acestea vor fi omise deoarece ar necesita o analiză³⁸ mai de detaliu care nu se încadrează în contextul acestei lucrări. Sunt în număr de șase: consimțământul statului lezat, legitima apărare, contra-măsurile, forța majoră, pericolul extrem (*distress*) și starea de necesitate. Circumstanțele³⁹ ce exclud ilicitul internațional (*circumstances precluding wrongfulness*) au un rol esențial în mecanismul răspunderii pentru că o dată invocate și dovedite duc la exonerarea de răspundere. În ipoteza în care un

stat este acuzat pentru un anumit comportament, el va putea pe cale de excepție, să conteste caracterul ilicit al comportamentului în discuție, probând circumstanța pe care dreptul internațional o califică ca circumstanță ce exclude caracterul ilicit.⁴⁰

18. Răspunderea internațională a statului cu toate că este îndreptată spre o viziune obiectivă⁴¹, rămâne totuși pavăza suveranității, deoarece este voluntaristă: statul va fi obligat la reparație numai pentru acele comportamente ce contravin obligațiilor sale internaționale, la crearea cărora or la aplicarea cărora a participat, ori cel puțin și-a dat consimțământul⁴² explicit sau implicit (a achiesat la aceste obligații).

19. În doctrină se face o distincție în cazul imputabilității pentru fapte ilicite⁴³ astfel: *răspunderea statului pentru actele organelor de stat, răspunderea statului pentru actele entităților abilitate să exercite prerogative ale puterii publice și răspunderea statului pentru acte care nu i se atribuie în mod direct*; aceste ipoteze sunt o abordare tradiționalistă ce atribuie comportamentul ilicit statului, cu toate că în relațiile internaționale s-au făcut prezente și alte organizații destul de puternice care au un anumit rol pe scena internațională, cum ar fi grupările teroriste, corporațiile multinaționale ori organizațiile nonguvernamentale.⁴⁴ Atribuirea unei conduite statului se particularizează după cum punem în discuție cui anume din organizarea statală, ori căror persoane ce sunt sub un anumit control sau direcționare din partea statului, îi sunt atribuibile statului aceste comportamente? Răspunsurile la această întrebare sunt oarecum greu de dat în mod tranșant deoarece datele factuale ale anumitor cazuri pun probleme dificile. Totuși proiectul CDI se ocupă cu această problemă într-o manieră concisă și oarecum abstractă. Atribuirea este reglementată în art. 4-11 din capitolul al II-lea, capitol ce face parte din prima parte a proiectului.

20. Am să trec în revistă răspunderea statelor pentru actele entităților abilitate să exercite prerogativele puterii publice și pentru faptele care nu le sunt atribuite în mod direct și am să las la urmă răspunderea statului pentru actele organelor de stat. Răspunderea statului pentru actele organelor de stat este situația normală în care statul răspunde, însă practica internațională a relevat și alte cazuri în care statului i s-au atribuit anumite comportamente ce nu erau ale organelor sale, de aceea și proiectul de articole a luat în vedere și alte ipoteze.

21. Conform principiului efectivității, statului îi este imputabil și comportamentul altor entități cum ar fi colectivitățile publice teritoriale (provincii, județe, municipii, etc.) independent de statutul lor din dreptul intern. Aceste entități fiind abilitate să exercite puterea publică, angajează răspunderea statului chiar dacă sunt unități cu competențe restrânse. De asemenea în cadrul statelor federale – statele federate neavând personalitate juridică internațională comportamentul acestora angajează răspunderea statului federal. O altă situație în care statul răspunde pentru faptele și

actele unor entități ce exercită puterea publică – sunt acelea în care o societate privată exercită funcții polițienești, ori o organizație profesională internă adoptă norme ce contravin dreptului internațional. În articolul 5 al proiectului CDI se precizează: „Conduita unei persoane or a unei entități care nu este un organ al statului conform cu articolul 4, dar care este abilitată de dreptul intern să exercite funcții ale puterii publice va fi considerată ca un act al statului conform cu dreptul internațional, cu condiția ca persoana sau entitatea să acționeze conform competențelor conferite într-o situație particulară”. Acest articol circumscrie în termeni generali în ce situații, conduita unor entități ce sunt împuternicite de dreptul intern cu exercitarea anumitor funcții ale puterii publice va fi atribuită statului. Pentru o efectivitate sporită și pentru a nu se putea invoca apărări facile ce ar duce la eludarea răspunderii, statul răspunde pentru toate actele *intra vires* sau *ultra vires*, indiferent dacă organele sau agenții și-au depășit sau nu competențele atribuite conform dreptului intern sau au acționat contrar instrucțiunilor care le guvernează activitățile.⁴⁵

22. Răspunderea statului pentru fapte care nu le sunt imputabile în mod direct, sub această denumire sunt circumscrise acele situații pentru care statul nu este ținut a răspunde, cum ar fi comportamentele particularilor și mișcările insurecționale⁴⁶. În cazul în care statul este obligat⁴⁷ să împiedice anumite comportamente ale particularilor și nu acționează în consecință, atunci statul va fi ținut răspunzător pentru abstențiune ilicită⁴⁸. Statul mai răspunde pentru particulari și în cazul în care aprobă ori își asumă comportamentul ilicit al propriilor resortisanți.

23. În mod normal statul răspunde pentru *actele organelor de stat*, această situație fiind una firească, deoarece organele statului sunt depozitarele voinței statele atât pe plan intern cât și pe plan internațional. Articolul 4 din proiectul CDI confirmă, că orice organ de stat indiferent că aparține puterii⁴⁹ legislative, judiciare, executive sau administrative și indiferent de poziția sa ierarhică în sistemul intern, poate angaja răspunderea statului. Prin sintagma „*organ de stat*” se înțelege orice individ sau entitate colectivă ce formează structura organizatorică a statului, ce acționează în numele statului. Organ al statului este orice persoană sau entitate ce are acest statut în conformitate cu dreptul intern al fiecărui stat. Aceste precizări ce sunt reproduse după comentariile⁵⁰ CDI la proiectul de articole din 2001⁵¹ au rol de a lămuri sfera noțiunii de organ statal, ținând cont de diversitatea structurilor statale. Voi încerca să delimitez cadrul ipotetic, în care răspunderea statului este angajată pentru actele organelor sale și de asemenea de a lămuri anumiți termeni în legătură cu această idee.

Principiul unității statului presupune că acțiunile sau omisiunile tuturor organelor etatice trebuie să fie privite ca acțiuni și omisiuni ale statului însuși. Nu mai trebuie amintit că nu există o anumită categorie specială de organe pentru

săvârșire faptelor ilicite internaționale, ci teoretic orice organ statal este în putință de a fi autorul unor fapte ilicite. Datorită miriadelor de obligații internaționale, disocierea organelor statului în organe capabile să comită fapte ilicite și altele ce nu pot săvârși asemenea fapte nu este susținută de dreptul internațional contemporan.⁵²

Mai este necesar de reamintit ca anumite conduite ale unor persoane fizice ori a unor entități colective ce nu au statutul de organ pot fi atribuite statului, dar aceste cazuri sunt situați particulare ce au ca punct de pornire și ca model ipoteza răspunderii statului pentru actele organelor sale - avatarul cheie⁵³ pentru toate celelalte cazuri de imputabilitate.

Jurisprudența internațională afirmă prin deciziile sale că comportamentul organelor etatice, ce acționează *intra vires*, este o regulă clar stabilită în dreptul internațional. În *Afacerea Moses* în sentința dată în acest caz, al unui tribunal arbitral (comisie mixtă a statelor SUA și Mexic), arbitrul Lieber susținea: „Un funcționar competent reprezintă *pro tanto* statul, care este din perspectiva dreptului internațional ansamblul tuturor funcționarilor împuterniciți cu exercitarea puterii publice”⁵⁴.

Dintr-o perspectivă istorică, regula enunțată în art. 4 alin. (1) a fost discutată de către state la Conferința de la Haga din 1930 privind codificarea dreptului internațional, desfășurată sub egida Ligii Națiunilor, în cadrul căreia statele au ajuns la un consens cu privire la faptul că statului îi sunt de atribuit acțiunile și omisiunile organelor sale. Astfel a treia Comisie a Conferinței a adoptat în mod unanim în prima lectură art. 1 ce avea următorul conținut: „răspunderea internațională a statului va fi angajată ca o consecință a oricărei neexecutări din partea organelor sale în îndeplinirea obligațiilor internaționale”.

Revenind la cele spuse despre sensul termenului „organ”, se mai impun anumite precizări: fiind un termen general acesta nu se limitează la organele centrale și la înalți funcționari⁵⁵ (cum sunt cei însărcinați cu conducerea afacerilor externe); se referă și la organe ce exercită orice funcție, neținându-se cont de ierarhizarea acestora din dreptul intern, aici intră organele de la nivel regional și chiar local (primari, consilii locale ș.a.); nu se face nici o deosebire între organele legislative, executive și judiciare. Acest lucru are rădăcini în practica arbitrală, de exemplu în *Afacerea Societate Comercială Salvador*, tribunalul a afirmat: „Un stat este răspunzător pentru actele conducătorilor săi, fie că aparțin puterii legislative, executive ori judecătorești, atâta timp cât aceste acte sunt comise *intra vires*”. CIJ a confirmat aceeași regulă în *Avizul Consultativ privind Imunitatea de Jurisdicție a unui Raportor Special al Comisie Drepturilor Omului*: „În conformitate cu o regulă bine stabilită a dreptului internațional, conduita unui organ al statului trebuie considerată ca un fapt al statului. Această regulă are (...) un caracter cutumiar.” În acest caz era vorba despre autoritatea judecătorească, dar după cum am spus

acest lucru se aplică și în cazul celorlalte autorități. Idee întărită de un *dictum* al CPIJ: „Din punctul de vedere al dreptului internațional și al Curții care este organul său, dreptul intern(...) exprimă voința și constituie activitatea statului, în aceeași măsură (n. C. A. ca actele autorității judecătorești), așa cum o fac emiterea unei legislații sau luarea unor măsuri administrative.”⁵⁶

În ceea ce privește principiul separării puterilor acesta nu este urmat într-o manieră rigidă, strictă ci este flexibil deoarece multe organe în diferite state exercite într-o manieră hibridă o anumită mixtură între cele trei puteri, astfel se pot întâlni situații ca aceste funcții să fie întretăiate. Se mai precizează pe lângă organele puterilor clasice și organe ce exercită „oricare alte funcții”, termen generic ce include alte funcții decât cele legislative, executive și judiciare. De exemplu în această situație se poate încadra darea de îndrumări⁵⁷ administrative sectorului privat.

Este irelevantă în materie de răspundere internațională a statului pentru fapte ilicite clasificarea actelor organelor sale din domeniul exercitării suveranității interne în: acte *jure imperii* și acte *jure gestionis*, deoarece statul va răspunde pentru faptele organelor sale nefăcându-se nici o deosebire de regim juridic între ele. Desigur încălcarea unui contract de către stat nu atrage automat violarea unei obligații internaționale. Mai este nevoie de o cerință suplimentară și anume de o denegare de justiție de către tribunalele statului în procedurile declanșate de partea contractantă vătămată. În orice caz încălcarea unui contract de către organele statului este fără echivoc o conduită imputabilă statului⁵⁸.

O altă lămurire ce necesită a fi notată, este cea dacă actele organelor cu o funcție inferioară în structura statală pot angaja răspunderea statului. Altfel spus dacă funcționarii inferiori pot angaja răspunderea statului, această situație este rezolvată în proiectul de articole CDI ținându-se cont și de jurisprudența arbitrală care s-a confruntat cu asemenea probleme. Nu se face nici o distincție în acest mod dacă cel care a acționat este un funcționar inferior, subordonat ori unul superior, aceste clase de funcționari răspund în egală măsură cât timp acționează conform limitelor atribuțiilor lor, adică în limita competențelor cu care au fost investiți⁵⁹. Cu toate că funcționarii de la nivelul inferior au o activitate limitată neputând lua anumite decizii finale, totuși conduita întreprinsă de aceștia înăuntrul competențelor, este în mod clar imputabilă statului. Comisiile mixte de arbitraj de după cel de al II-lea Război Mondial au afirmat în mod repetat că funcționarii de la nivelurile inferioare cum ar fi: primari, polițiști ș.a. duc la angajarea răspunderii statului, faptele acestora fiind imputabile statului.⁶⁰

Aducând în discuție ierarhia atât pe verticală cât și pe orizontală, este necesar să vorbim și despre organele de la nivel central și cele de la nivelul regional ori local. O întrebare legitimă ia naștere, oare organele de la nivel local sau regional pot angaja

răspunderea internațională a statului. Răspunsul este că da, deoarece în dreptul internațional nu se face nici o deosebire între aceste organe, unul dintre motive ar putea fi acela că dacă s-ar face o delimitare, statele ar putea să-și facă apărări facile ce ar duce la rezultate inechitabile. Practica arbitrală a recunoscut de mult acest principiu în materie de atribuire. De pildă comisia franco-italiană în *Afacerea Moștenitorii Ducelui de Guise* a afirmat: „Pentru scopul ajungeri la o hotărâre în prezenta cauză, contează prea puțin că decretul din 29 august 1947 nu a fost emis de către statul italian ci de regiunea Siciliei. Pentru că statul italian este răspunzător pentru punerea în aplicare a Tratatului de Pace, chiar și pentru Sicilia, necontând că Sicilia are un statut autonom în relațiile interne conform dreptului public al Republicii Italia.” Acest principiu a fost pe deplin acceptat de către statele ce au participat la Conferința de la Haga din 1930, conferință ce s-a ocupat cu probleme de codificare ale dreptului internațional în domenii diferite ale acestuia, pe agenda de lucru aflându-se printre altele și problema răspunderii statului. Plecând de la cele afirmate în sentința arbitrală anterioară se ivește o nouă bifurcație, și anume, regiunile (indiferent ce nume poartă ele) autonome ori statele federate dintr-o federație angajează răspunderea statului, răspunsul se întrezărește din cele spuse în sentința amintită, și este unul afirmativ. În materia imputabilității nu contează că unitatea teritorială este componenta unui stat federal ori o regiune autonomă *sui generis*; este de altfel irelevant dacă dreptul intern al statului în discuție conferă parlamentului federal puterea de a constrânge unitatea componentă de a respecta obligațiile internaționale ale statului federal. Sentința arbitrală cheie, ce a creat germenele acestei concepții este dată în *Afacerea Montijo*. Comisia mixtă franco-mexicană a reafirmat această regulă a atribuirii faptelor statelor federate statului federal în *Afacerea Pellat* unde a susținut că acest principiu al răspunderii internaționale a unui stat federal pentru toate faptele statelor federate este un corolar al principiului efectivității. Remarcând în mod special: „O asemenea răspundere nu poate fi negată, nici în cazuri în care constituția federală nu recunoaște puterii centrale federale dreptul de control asupra statelor federate sau obligația statelor federate de a respecta în activitatea lor internă dreptul internațional.” Această regulă în materie de atribuire a fost constant aplicată. Astfel de pildă Curtea Internațională de Justiție în *Afacerea LaGrand*, aplică următorul raționament ce pune oarecum în lumină cum funcționează regula atribuirii în cazul statelor federale: „Pentru că răspunderea internațională a statului este angajată de acțiunile organelor și autorităților competente ce funcționează în acel stat oricare ar fi acelea; pentru că Statele Unite trebuie să ia toate măsurile disponibile pentru a asigura ca Walter LaGrand să nu fie executat în timpul cât cauza este pendinte (n. C. A. în fața Curții); pentru că în conformitate cu informațiile ce le deține Curtea, punerea în aplicare a acestor măsuri indicate în prezentul ordin cad sub jurisdicția Guvernatorului Arizonei;

pentru că Statele Unite sunt în consecință obligate să transmită acest ordin Guvernatorului menționat; pentru că Guvernatorul Arizonei este obligat să acționeze în conformitate cu angajamentele asumate de către Statele Unite.” Motivul pentru aplicarea acestei abordări în ceea ce privește răspunderea statelor federale pentru comportamentul statelor federate este unul destul de evident, anume că structura și repartizarea puterilor statelor federale nu este uniformă ci diferă de la stat la stat. O idee ce întărește acest mod de atribuire a conduitelor statelor federate statelor federale, este acela că primele nu au calitatea de subiect de drept internațional astfel nu a capacitatea de a încheia tratate. Sunt totuși unele cazuri în care anumite state federate au o capacitate de a încheia tratate, conferită lor prin constituția federală (de exemplu cazul Elveției) – această ipoteză este una de excepție ce nu este reglementată de prevederile art.4 din proiectul CDI. În ceea ce am spus mai sus statul federal nu va fi răspunzător pentru tratatele încheiate de statul federat, cu o singură remarcă partea la tratat în caz de neexecutare va avea recurs împotriva statului federal. O altă situație specială se ivește atunci când într-un tratat este inclusă o clauză federală prin care răspunderea statului este limitată. Această ipoteză este *lex specialis* și are reguli proprii derogatoare de la regimul general, reguli ce se aplică numai între statele părți la tratat și în materia reglementată de către tratat.

Un organ include orice persoană sau entitate ce are această calitate conform dreptului intern al statului, acest lucru afirmat în art. 4 alin. (2) extinde în mod considerabil câmpul de aplicare al acestei norme înscrisă în art. 4. De observat că *statusul de organ*, calitatea de a fi organ este reglementată de dreptul intern. Aici se impun anumite precizări cu referire la cum se face această calificare, precum și lămurirea anumitor termeni care au un grad ridicat de abstractizare. Trebuie să pornim de la premisa că statutul de organ de stat este determinat de dreptul intern. Dreptul internațional rămâne indiferent la distribuirea competențelor între diferiți agenți ai statului; ideea că statul exercită puteri în ordinea internă prin delegarea acestora din partea dreptului internațional nu poate fi luată în considerare⁶¹. Acolo unde dreptul intern califică o anumită entitate ca și organ al său lucrurile sunt clare. Dificultățile se întrezar în situațiile în care *dreptul intern nu califică* anumite organisme ca și organe ale sale ori unde sunt circumscrise numai anumite relații dintre aceste organisme. În unele sisteme funcțiile diferitelor entități sunt determinate nu numai de sistemul de drept cât și de către practică⁶², o calificare făcută numai în concordanță cu dreptul intern ar fi o cale greșită de urmat. Dreptul intern nu face o listă completă cu toate organele sale, altele nu sunt determinate în nici un fel. În aceste cazuri în care dreptul intern nu poate califica în mod clar calitatea de organ etatic se va apela la o privire mai amănunțită a respectivului sistem pentru a se observa cum anumite organe și în ce mod se

exercită puterea publică, astfel se poate face o încadrare corectă a anumitor entități ca organe statale. Aplicând această metodă s-ar putea să îngustăm noțiunea de organ, ce are un sens mai larg în concepția art. 4 din proiectul CDI. De exemplu termenul „guvernare” în anumite sisteme de drept se referă doar la organismele de la nivelul cel mai înalt, cum ar fi șeful statului și miniștrii guvernului. În alte sisteme statutul poliției este unul special, aceasta fiind independentă față de executiv; acest lucru nu înseamnă că din perspectiva dreptului internațional nu sunt organe ale statului. Ca atare un stat nu poate să evite răspunderea pentru comportamentul unor organisme care *de facto* acționează ca organe etatice, prin simpla invocare a lipsei calității de organ a acelor entități, calitate ce nu o au *expressis verbis* conform dreptului intern. Sintagma „persoană ori entitate” are un înțeles larg ce include orice persoană fizică sau juridică, putând fi atât o persoană fizică ce deține o funcție publică, un departament, o comisie ori orice alt organism ce exercită *prerogative ale puterii publice*.

O ultimă chestiune ce trebuie pusă în discuție ar fi cea de a întreprinde o analiză pentru a clarifica când o persoană ori un organism în calitatea lor de organ își exercită funcția *intra vires* și delimitarea acestui caz de alte situații similare. O persoană⁶³ ce are calitatea de organ ce acționează în limitele atribuțiilor sale (*intra vires*), conduita acesteia este imputabilă statului în mod cert. Și este irelevant pentru acest lucru că acea persoană a avut un *comportament ulterior* ce s-a dovedit a fi un abuz de putere. Acolo unde o persoană este în mod aparent în exercitarea unei funcții publice aceste fapte sunt așijderea atribuibile statului. Distincția dintre *comportamente neautorizate* ale unui organ și *fapte săvârșite de persoane fizice în viața lor privată* a fost clar lămurită în practica arbitrală. De pildă, sentința tribunalului arbitral a Comisiei americo-mexicană în *Afacerea Mallen*; situația de fapt a fost următoarea: în prima fază un funcționar a acționat în sfera vieții sale private, iar o a doua faptă a aceluiași funcționar de data aceasta acționând în calitatea sa oficială - cu depășirea competențelor; tribunalul arbitral a reținut ca fapte imputabile statului numai acelea ce a fost săvârșită de către funcționar în calitatea sa oficială chiar dacă și-a depășit atribuțiile. De asemenea Comisia franco-mexicană în *Afacerea Caire*, a înlăturat răspunderea statului pentru că situația în care fapta a fost comisă nu avea nici o legătură cu funcția oficială și a fost de fapt o simplă faptă a unei persoane private. Aceste situații în care agenții statului săvârșesc anumite fapte ilicite ce au o aparentă legătură cu statul, ca acele fapte comise de aceștia în viața lor privată nu trebuie confundate cu faptele organelor ce își desfășoară activitatea într-o manieră ce excede competențele conferite (*ultra vires*), ori cu încălcarea procedurilor ce le aveau de urmat pentru atingerea unui anumit rezultat.

24. Sfera activităților statale este vastă, materializarea diferitelor comportamente statale nu poate fi cuprinsă într-o listă exhaustivă. De aceea am să mă axez pe cele mai importante fapte ale statului⁶⁴, conduitele sale reprezentative și din punctul de vedere al principiului separării puterilor în stat. În mod clasic puterile în stat sunt separate și sunt în număr de trei: puterea legislativă, executivă și judecătorească. Aceste trei „ramuri” au structuri ce diferă de la stat la stat. Din motive metodice⁶⁵ voi încerca să analizez separat cele trei puteri ale statului determinând și delimitând cum pot aceste organe principale în orice administrație etatică să comită fapte ilicite internaționale. Voi exemplifica aceste lucruri, dar nu neapărat într-o manieră riguroasă, ci doar să arăt cum forurile internaționale tratează problematica răspunderii. Fiecare dintre cele trei organisme se manifestă în mod diferit, particularizându-se prin tipurile de comportamente ce le adoptă. Acest lucru va fi discutat din punctul de vedere al putinței lor de a comite fapte internaționale ilicite și în ce mod anume .

25. *Executivul* este un termen generic ce cuprinde: autoritățile centrale și locale, diferitele agenții de stat și orice entitate ce are atribuții administrative. La nivelul superior, executivul este reprezentat pe plan internațional de către Șeful statului ce poate fi ori un Președinte sau un Monarh. La nivelul central funcționează de obicei un guvern cu diferiți miniștri. Aceste structuri sunt în mod variat organizate în diferite state, însă ce contează este că actele oricăror agenți arondați puterii executive angajează răspunderea statului, indiferent la ce nivel sunt încadrați. De asemeni prin extensie putem spune că și agenții diplomatici cât și forțele armate terestre, navale și aeriene sunt aparținătoare de executiv. Autoritățile administrației publice sunt cele prin care se realizează cele mai frecvente contacte între state și străinii aflați pe teritoriul său, în urma cărora pot rezulta încălcări ale unor obligații internaționale⁶⁶, atrăgând răspunderea statului⁶⁷. Asemenea încălcări pot proveni din varii domenii, de exemplu din arestări sau expulzări abuzive, din nerespectarea obligațiilor privind personalul diplomatic, din tratamentul aplicat investitorilor străini (vezi *Afacerea Elettronica Sicala S.p. A infra.*), din tratamentul aplicat străinilor etc. Cum am mai spus acțiunile ori omisiunile comise de funcționarii executivi sau săvârșite *ultra vires* de aceștia sunt imputabile statului, iar distincția dintre funcționari superiori și cei subordonați nu are relevanță, prin acțiunile ori omisiunile lor un ministru sau un funcționar vamal pot, în egală măsură să atragă răspunderea statului.⁶⁸ Aceste acte ale executivului pot fi incluse sub termenul general de acte de executare a legilor.

Practicile și actele administrative contrare dreptului internațional sunt în mod constant recunoscute ca imputabile statului. Aceste acte și practici aparțin agenților statali situați pe palierul inferior al administrație. Practica administrativă ilicită presupune repetarea actelor în timp și toleranța oficială manifestată față de ele⁶⁹.

In concreto acțiunile ori omisiunile întreprinse de o anumită entitate aparținând executivului sunt foarte diferite, iar circumstanțele fiecărui caz sunt importante în corecta stabilire a răspunderii statului. O analiză a practicii internaționale în cauzele contencioase⁷⁰ referitoare la faptele ilicite săvârșite de executivele statelor ar necesita o acribie desăvârșită, totuși acest lucru excede cadrului de lucru, în care mi-am propus să trag anumite linii de contur. Anumite exemple „sporadice” ar ajuta pentru a pune în lumină câteva abordări posibile.

În *Afacerea Elettronica Sicula S.p. A. (ELSI)*, Curtea Internațională de Justiție s-a confruntat cu situația de a stabili dacă exproprierea⁷¹ întreprinsă de Statul italian contravenea dreptului internațional (aici încălcarea unui tratat comercial dintre SUA și Italia), și în consecință dacă statului italian îi sunt imputabile actele și faptele autorităților care s-au ocupat cu procedurile de expropriere. Două companii americane⁷² erau în mare parte acționarii acestei societății comerciale, ELSI, o fabrică de produse electronice din Palermo, Sicilia. Datorită situației financiare precare ELSI se pregătea pentru lichidare, însă primarul orașului Palermo a emis un ordin de rechiziție⁷³ asupra bunurilor acestei societăți. Societatea a atacat acest ordin pe calea unui recurs grațios în fața prefectului, recurs ce a fost admis⁷⁴, iar ordinul primarului anulat. Alte proceduri ce au fost urmate de această societate - deschiderea procedurii falimentului, și o procedură judiciară întreprinsă pentru a obține despăgubiri pentru perioada de timp cât fabrica a fost rechiziționată. Trecând în mare peste constatările Curții putem reține că întrebarea esențială ce se pune este dacă această rechiziție încalcă prevederile Tratatului de comerț încheiat în anul 1949 la Roma și protocolul adițional din 1951 ce era încheiat între cele două state. În orice caz acțiunile întreprinse în această speță sunt acțiuni ale autorităților administrative printre altele. *Nota bene* prin amintirea acestui caz nu încerc să fac o analiză amănunțită a sentinței ci doar să puncteze chestiunile care au relevanță aici, anume că actele administrative pot angaja⁷⁵ răspunderea statului. Dispozițiile materiale din acest tratat⁷⁶ și analiza lor pe fond⁷⁷ nu vor fi amintite, un singur lucru va fi amintit, situația din această speță este o ipoteză clară de răspundere statală, prin prezența celor două elemente esențiale: presupusa încălcare a unei obligații internaționale și atribuirea conduitei statului; alta este situația concretă în care în funcție de faptele și circumstanțele cazului trebuie stabilit *in concreto* dacă anumite acțiuni sau omisiuni constituie fapte ilicite internaționale. Prin aducerea în discuție a acestui caz am vrut să arăt că problema atribuirii anumitor comportamente unor autorități executive⁷⁸ este o chestiune ce nu suscită discuții, ci de cele mai multe ori se prezintă ca o situație, clară. Anumite neclarități apar dacă acea conduită este sau nu o încălcare a unei obligații internaționale⁷⁹, totuși pot fi și unele cazuri în care atribuirea unei anumite conduite statului, să prezinte anumite confuzii, acest lucru nu a fost regăsit în afacerea mai sus menționată.

Reamintesc că sentințele internaționale ce le voi aduce în discuție au rolul de a ilustra și nu acele a de a fi criticate, ci pur și simplu de a exemplifica cum anumite organe statale fie ele executive, legislative ori judiciare acționează în numele statului și cum acest lucru duce la posibilitatea de a fi angajată răspunderea statului. Cum am mai spus această delimitare a organelor este una metodică pentru o abordare mai clară, însă nu se face nici o diferență de regim juridic ținând cont de calitatea acestor organe la săvârșirea⁸⁰ faptelor internaționale ilicite. În continuare voi aborda un alt caz adus în fața Curții Internaționale de Justiție, respectiv *Afacerea Activități militare și paramilitare împotriva Nicaragiei*. Acest caz a fost de o complexitate aparte, ce a suscitat controverse⁸¹; aici nu voi intra în seva faptelor și argumentării date de Curte, ci voi face o simplă schiță - doar subliniind anumite „contururi”. Pentru a putea înțelege mai bine și mai clar contextul acestui caz se cere o scurtă privire asupra cadrului istoric al relațiilor interstatale ce au legătură cu conflictul iscat între cele două țări SUA și Nicaragua.

Prima intervenție armată a Statelor Unite în Nicaragua a avut loc sub președinția lui William Howard Taft. În 1909 președintele Taft a ordonat înlăturarea președintelui Nicaragiei, Jose Santos Zeleya. În august și septembrie 1912, un contingent de 2300 de soldați ai marinei americane au debarcat în portul Corinto ocupând regiunea Leon și calea ferată spre Grenada. Un guvern pro american a fost format în timpul acestei ocupații. Tratatul Bryan-Chamorro din 1914 încheiat între SUA și Nicaragua a conferit Statelor Unite drepturi perpetue asupra Canalului Panama; acest tratat a fost semnat cu 10 zile înaintea deschiderii canalului. În acest mod SUA deținea controlul construcțiilor de canale în Nicaragua, neputându-se construi alte canale fără permisiunea statului SUA.

În 1927 sub conducerea țaranului Augusto Cesar Sandino, liderul care s-a împotrivit ocupației americane, astfel au avut loc mai multe atacuri împotriva guvernării. În anul 1933 trupele americane s-au retras, lăsând la conducerea statului o formațiune numită Garda Națională. În 1934 Anastasio Somoza Garcia, conducătorul Gărzii Naționale, a ordonat capturarea și executarea revoluționarului Sandino. Anul 1937 este perioada în care Somoza devine președintele Nicaragiei - o dată cu preluarea puterii acesta va instaura o dictatură ce va fi controlată de moștenitori acestuia până în anul 1979.

Căderea acestei dictaturi se datorează deturnări fondurilor străine destinate ajutării Nicaragiei după cutremurul din anul 1972. Mulți susținători ai dictaturii au început să o abandoneze în favoarea noilor mișcări revoluționare în creștere. Organizația ce și-a asumat conducerea revoluției se cheama Sandinista (FLSN), organizație ce s-a dezvoltat treptat influențând în mod considerabil angrenajul puterilor, ce se luptau pentru conducere. O revoltă a maselor a adus FLSN la putere în anul 1979.

Statele Unite erau de mult împotriva FLSN-ului, iar administrația Carter s-a mișcat rapid pentru a susține financiar și material o mișcare numită Somocistas, mișcare ce trebuia să înlăture puterea nou instaurată. Atunci când Ronald Reagan a preluat președinția Statelor Unite, s-a luat decizia ca ajutorul financiar să fie împărțit - acordându-se sprijin și facțiunii Contras, grupare formată din foștii loialiști ai vechii dictaturi. Congresul SUA a interzis în cele din urmă finanțarea celor două grupări, totuși Reagan a continuat finanțarea, dar într-un mod mai mascat prin vinderea de armament către aceste mișcări.

Digresiune aceasta am făcut-o pentru două motive o dată să pun în evidență datele istorice ce au dus la litigiul dintre aceste state și în al doilea rând pentru a arăta cum acțiunile statelor sunt complexe și se pot întinde uneori pe durate mari de timp, ceea ce face ca aprecierea și evaluare acestor fapte să necesite o probațiune machiavelică.

Acum am să rezum ce fapte a reținut Curtea, adică să vedem ce conduită îi este imputabilă statului american, acțiuni ce au fost săvârșite de armata americană *in concreto*, cât și de grupări susținute de statul american. Forțele armatei americane au minat porturile Nicaragiei (El Bluff, Corinto, Puerto Sandino). Acest lucru a fost înfăptuit fie în mod direct de către forțele armate, fie de către naționali altor state sud-americane sub îndrumarea și prin punerea la dispoziție a logistici necesare. Oficiali americani nu au avertizat în nici un fel transportul maritim internațional - unele mine au explodat cauzând pagube considerabile. Personalul armatei americane nu a participat în mod direct în toate operațiunile, dar autoritățile americane au planificat, direcționat și finanțat aceste acțiuni - astfel aceste acțiuni sunt imputabile statului american. SUA a mai întreprins de asemenea și atacuri aeriene asupra instalațiilor petroliere, a survolat teritoriul Nicaragiei fără consimțământul statului Nicaragua, aceste fapte sun atribuibile statului american. În general forțele armate fie ele terestre, navale sau aeriene aparțin executivului statului. Nu am să discut apărările SUA fiindcă acest lucru ar necesita o analiză mai de amploare care nu intră în obiectul lucrării mele.

26. Răspunderea statului prin intermediul *actelor legislative* poate fi rezultatul unei acțiuni sau abțineri a *organului legislativ*. Asemenea comportamente se pot materializa în diferite feluri, spre exemplu: *promulgarea unei legi contrare obligațiilor internaționale asumate de către stat, omisiunea organului legislativ de a edicta anumite legi necesare ori neabrogarea legilor contrare obligațiilor internaționale*. Față de dreptul internațional, legile naționale reprezintă manifestări ale voinței și activității statale cu același titlu ca și deciziile judiciare sau măsurile administrative. Nu contează că măsura ilicită din perspectiva ordinii juridice internaționale se aplică cetățenilor proprii statului. Această afirmație subliniază că ordinea juridică

internațională are propriile obligații și ceea ce este legal în sistemul de drept național nu legitimează un comportament antidoma și în ordinea internațională. Legislația internă nu are relevanță în stabilirea răspunderii internaționale. Ea prezintă importanță în situația în care anumite tipuri de legi apar ca o încălcare a dreptului internațional. În ceea ce privește felul legii interne, se impune următoarea observație, un tratat prevalează asupra unei constituții, în fața căruia aceasta trebuie să cedeze, legislația trebuie să fie adaptată tratatelor și nu tratatele legilor⁸². Această remarcă rezonabilă este invocată și în practica arbitrală, de exemplu în *Afacerea Montijo*. Am să ofer două exemple pentru ilustrarea anumitor cazuri din jurisprudența Curții Permanente de Justiție.

Primul exemplu este *Afacerea Fosfaților Marocani*. Afacere ce va fi prezentată cu un bref. În 1918 și 1919, Marocul a emis autorizații anumitor naționali francezi pentru forarea de fosfați. Apoi a transferat aceste autorizații unui resortisant italian. În 1920 a fost instaurat un monopol prin lege în domeniul fosfaților, iar în 1925 autoritățile marocane au refuzat să mai recunoască drepturile resortisantului italian căruia îi fusese acordată autorizația. După lungi negocieri, în anul 1936 Italia a demarat acțiunea judiciară în fața Curții Internaționale împotriva Franței (Marocul nu era independent era sub tutela Franței și a Spaniei), având ca temei acceptarea jurisdicției Curții de către Franța. Franța a invocat excepția lipsei de competență a Curții justificându-se că declarația de acceptare a jurisdicției Curții a fost ratificată în data de 25 aprilie 1931, această acceptare producându-și efectele de la această dată înainte și nu retroactiv. Pe 14 iunie 1938, Curtea a hotărât ca nu este competentă atâta timp cât cazul adus spre judecată în fața ei, este ivit dintr-o situație ce s-a întâmplat înainte ca Franța să accepte jurisdicția Curții.

Actele legislative materializate în acest caz sunt reprezentate de către dahirele (acte normative cu putere de lege) din 27 și 21 august 1920 emise de autoritățile marocane – acte normative ce au instituit un regim de monopol asupra resurselor de fosfați. Nu voi discuta dacă aceste măsuri sunt sau nu contrare dreptului internațional. *Una este să identifiți că un organ statal a avut un anumit comportament ce îi este imputabil, și cu totul altceva este să decizi dacă acest comportament încalcă vreo obligație internațională. Nota bene, nu se poate face vreo listă exhaustivă a tuturor faptelor ilicite ce le poate comite un anumit organ statal, aceste organe au facultatea de a săvârși aceste fapte, dar analiza acestora și observarea caracterului licit sau ilicit se face in concreto.* Regimul instituit de aceste acte normative, afirmă Curtea: „(...) aceste dahire sunt «fapte»...” din punctul de vedere al dreptului internațional.

Ca un al doilea exemplu, am să aduc în discuție Afacerea *Drepturile naționalilor Statelor Unite ale Americii în Maroc*. Un scurt rezumat cu principalele

puncte ale cazului este util pentru a putea să ne ancorăm în chestiunea actelor normative emise de către autoritățile marocane, concretizarea acestora în domeniul economic. Acțiunea judiciară a fost pusă în mișcare de către Franța, îndreptată fiind împotriva Statelor Unite ale Americii - în legătură cu drepturile resortisanților americani în Maroc. Cererile părților s-au axat pe punctele ce le voi aminti în cele ce vor urma. Se pune în dezbatere problema aplicării naționalilor americani a prevederilor Decretului prezidențial din 30 decembrie 1948, prin care importurile din SUA ar trebui supuse unei proceduri de control și autorizare. O altă problemă ce s-a supus spre evaluarea Curții a fost cea referitoare dacă SUA are jurisdicție consulară în Maroc. Ca ultim punct principal s-a mai discutat și posibilitatea juridică de a se încasa impozite de la resortisanți americani (problema imunității fiscale). Ținând de acest lucru s-a pus întrebarea dacă prevederile Dahirului din 27 februarie 1948 - ce prevedea impozitele de consum, ar fi aplicabile naționalilor americani. Din toate acestea pe mine mă interesează aici în mod special aplicarea aceluși dahir (dacă acesta este conform dreptului internațional) și regimul importurilor, dacă respectă cerințele ce decurg din dreptul internațional. Se observă că aceste regimuri fiscale și economice sunt instituite de acte normative emise de puterea legiuitoare. Acum voi prezenta constatările Curții cu privire la punctele ce le-am amintit ca de interes pentru acest exemplu (ce se vrea prin aceste exemple este să arat că organele statelor sunt considerate acte ale statului însuși, de observat că acest lucru este clar, dovadă fiind că hotărârile internaționale amintite i-au acest lucru ca subînțeles). Curtea a susținut că Decretul prezidențial din decembrie 1948 scutea Franța să fie supusă unei proceduri de control în materie de import, în timp ce SUA era supusă unui asemenea control. Acest tratament diferențiat nu este compatibil cu tratatul de la Algeciras (Actul General Al Conferinței internaționale de la Algeciras semnat la 7 aprilie 1906), în virtutea căruia SUA trebuia să fie tratată aidoma Franței în materie economică. Statele Unite au susținut ca naționali săi nu ar trebui să fie supuși în principiu legilor marocane, ci numai atunci când aceste legi ar fi primit anterior consimțământul statului american. Curtea a afirmat că nu este de altfel nici o prevedere de acest gen în nici un tratat, ce i-ar conferi SUA un asemenea drept, drept ce ar putea să existe numai ca un corolar al jurisdicției consulare. Dacă aplicarea unui anumit sistem de drept cetățenilor Statelor Unite fără consimțământul acestui stat ar fi contrar dreptului internațional orice conflict cauzat de această situație va trebui rezolvat pe căile ordinare de hotărâre a litigiilor internaționale. De altfel nici un tratat nu conferă imunitate fiscală cetățenilor americani. O asemenea imunitate originând din regimul capitulațiilor nu poate fi justificată prin efectul clauzei națiunii celei mai favorizate deoarece nici un alt stat nu beneficiază de acest regim pentru naționali săi. În ceea ce privește impozitele pe consum impuse de Dahirul

din februarie 1948, acestea sunt datorate pentru orice fel de bunuri, fie ele importate în Maroc ori produse aici; astfel acestea nu au natura juridică de taxe vamale, iar cetățenii americani nu sunt scutiți de aceste impozite.

27. În cazul *răspunderii pentru actele jurisdicționale*, răspunderea statului este angajată, la fel ca în situațiile celorlalte organe ale sale. Deși puterea judecătorească este independentă prin raport cu puterea legislativă și executivă, ea nu este independentă față de stat, ca subiect de drept internațional⁸³. Din acest punct de vedere, soluția unei instanțe judecătorești este susceptibilă să atragă răspunderea statului, ca și o lege edictată de parlament sau un act al puterii executive. Răspunderea statului pentru actele organelor judiciare poate rezulta din mai multe tipuri de comportamente cum ar fi: *denegarea de justiție*, orice întârziere sau obstacol nejustificabil în administrarea justiției, condamnarea unui străin de către un tribunal excepțional, neexecutarea unei decizii judecătorești dată în favoare unui străin, o hotărâre manifest injustă ș.a. Pentru o anumită sistematizare vom spune că aceste comportamente se încadrează în două grupe: prima fiind *denegarea de dreptate*, iar a doua *injustiția notorie*. Mai există și o anumită situație specială în care anumite hotărâri judecătorești sunt incompatibile cu anumite norme de drept internațional, de pildă soluțiile ce ignoră imunitatea de jurisdicție a unui diplomat sau a unui stat străin ori nesocotirea unui tratat internațional privind extrădarea.

Exemple de *injustiție notorie* pot fi: omisiunea de a face publică o sentință, deposedarea ilegală de documentele care puteau servi ca mijloace de probă, omisiune de citare a părților într-un proces judiciar. *Denegarea de justiție* are un sens destul de larg în dreptul internațional; în proiectul Universității Harvard cu privire la răspunderea statului pentru pagube cauzate străinilor la art. 9 apare următoarea „definiție”: „Există denegare de justiție atunci când se întârzie nejustificat sau este obstrucționat accesul la tribunale, când se manifestă deficiențe grave în administrarea procesului de fond sau a căii de atac, sau incapacitatea de a furniza acele garanții care sunt considerate în general ca indispensabile unei bune administrări a justiției sau când există o sentință în mod manifest injustă. O eroare a unui tribunal intern care nu conduce la o injustiție manifestă nu constituie o denegare de justiție⁸⁴.” În jurisprudența arbitrală s-a contribuit la definirea denegării de justiție. Astfel în *Afacerea Columbia vs. SUA* din 1872 s-a afirmat: „Nici o cerere nu poate fi fondată, este o regulă, pe simplul fapt al existenței unor forme procedurale criticabile, sau al modului de administrare a justiției în tribunalele unei țări; deoarece se prezumă că străinii cunosc aceste aspecte înainte de a efectua tranzacții în țara respectivă. Totuși, o violare evidentă a substanței dreptății naturale, cum ar fi, de exemplu, refuzul de a asculta partea interesată, sau refuzul de ai permite să prezinte probe, echivalează cu o

absolută denegare de justiție. Națiunile sunt responsabile față de acei străini, în cazurile enumerate mai sus, în primul rând pentru denegare de justiție, iar în al doilea rând, pentru acte notorii de injustiție. Primul caz apare atunci când tribunalele refuză să primească plângerea, sau să decidă asupra plângerii reclamantului, efectuate în conformitate cu formele procedurale stabilite, sau atunci când intervin întârzieri nejustificate și impardonabile în cursul procesului. Al doilea caz apare atunci când anumite hotărâri se pronunță și se pun în executare cu violarea flagrantă a legii, sau sunt în mod manifest nedrepte⁸⁵.”

În continuare voi aduce spre o analiză sumară câteva cazuri din jurisprudența internațională, în aceeași manieră cum am făcut mai sus și la celelalte puncte. Referindu-mă la „actele organelor judiciare ce încalcă dreptul internațional”, am vrut să indic despre ce anume voi discuta, însă să nu se înțeleagă că voi enumera anumite comportamente ale acestor organe ce constituie în mod categoric fapte ilicite (acest lucru este valabil și secțiunile referitoare și la celelalte organe). Acest lucru ar fi relativ datorită diferențelor ce pot apărea *ratione temporis* și *ratione materiae*.

Afacerea Lotus este un caz celebru ce a fost judecat de Curtea Permanentă de Justiție de la Haga în anul 1927. Litigiul s-a ținut între Franța și Turcia. Am să prezint o scurtă privire asupra faptelor din acest caz. În data de 2 august 1926 cu puțin înainte de miezul nopții, a avut loc o coliziune a unui vapor francez numit Lotus, ce se îndrepta spre Constantinopol, cu un vas carbonifer turc numit Boz - Kourt la o distanță de aproximativ 6 mile marine de Capul Sigri (Mitlyane). Boz - Kourt s-a rupt în două, scufundându-se, opt cetățeni turci aflați la bordul acestuia au pierit. După acordarea ajutorului necesar celor naufragați, vaporul Lotus și a continuat cursul spre Constantinopol, undea ajuns în data de 3 august. În timpul coliziunii, căpitanul vasului Lotus era domnul Demons - cetățean francez, locotenent în serviciul comercial naval și căpitanul acestui vas; în timp ce vasul Boz-Kourt era direcționat de căpitanul Hassan Bey, ce fusese salvat din urma naufragiului.

În data de 3 august poliția turcă a demarat o anchetă pentru a lămurii împrejurările acestei coliziuni. Următoarea zi, căpitanul vasului Lotus a înmănat raportul său asupra celor întâmplate către consulatul general al Franței în Turcia. În 5 august locotenentului Demons ia fost cerut de către autoritățile turce să debarcheze pentru a putea să contribuie la procurarea de dovezi. În final s-a ajuns la arestarea preventivă a locotenentului Demons și a căpitanului turc. Cazul a fost adus în fața Curții Penale din Istanbul pentru a fi judecat pe data de 28 august. Cu această ocazie locotenentul Demons a invocat în fața Curții excepția lipsei de jurisdicție a instanțelor turce de al judeca (imunitate de jurisdicție); Curtea a respins această excepție. În data de 15 septembrie Curtea a pronunțat o hotărâre

care la condamnat pe Demons la executarea a 80 de zile de închisoare și la plata unei amenzi de 22 de lire turcești.

S-a pus problema de a determina printre altele dacă comportamentul autorităților judiciare turce constituie o denegare de justiție. S-a mai pus de asemenea și problema de a stabili dacă statul turc are jurisdicție de a demara un proces penal împotriva unui resortisant străin, respectiv francez. Curtea a hotărât că nu există denegare de dreptate și că procesul penal început de autoritățile turce nu încalcă nici o regulă de drept internațional. Nu am dat toate detaliile acestei afaceri pentru că m-am rezumat la a pune în lumină conduita autorităților judiciare. Acest caz a fost unul ce a suscitât discuții aprinse în doctrina dreptului internațional.

În următoarele rânduri voi discuta pe scurt despre *Afacerea Ambatielos*. Litigiu iscat între Grecia și Marea Britanie. Acest conflict a fost cauzat de neînțelegerile dintre proprietarul de vase maritime Nicolas Eustache Ambatielos și guvernul britanic. Ambatielos a comandat de la acest guvern nouă vase convenind prețul și termenele de predare. Însă guvernul britanic nu a respectat termenele de predare convenite. Nepredarea vaselor la timpul convenit i-a cauzat lui Ambatielos imposibilitatea de a efectua plăți. În cele din urmă s-a ajuns la resechestrarea vaselor deja în proprietatea lui Ambatielos. Acesta a încercat în fața curților britanice să-și rezolve dificultatea, dar nu a avut câștig de cauză.

În data de 9 aprilie 1952, Grecia a introdus o acțiune împotriva Marii Britanii la Curtea Internațională de Justiție (aici avem de a face cu exercitarea dreptului de protecție diplomatică a statului). Guvernul Greciei a susținut că Ministerul Comerțului britanic nu a prezentat în fața curților interne documentele ce ar fi atestat termenele de predare a produselor. Și de asemenea se mai susține că Curtea de Apel a Marii Britanii, nu a admis apelul domnului Ambatielos. Acționând în acest mod organul judiciar nu a respectat prevederile Tratatului de comerț și navigație din 1886 dintre Marea Britanie și Grecia. Forul internațional a hotărât că nu are jurisdicție, astfel nu se poate pronunța asupra cererilor statului elen. Totuși este competentă să decidă dacă statul britanic este obligat sau nu să demareze proceduri arbitrale în conformitate cu tratatul mai sus amintit.

Punctul de vedere al guvernului elen a fost acela că cetățeanul grec nu a avut parte de un tratament conform Tratatului de comerț și navigație, care în art. XV paragraful 3 prevede „liberul acces la curțile de justiție.” Liber acces ce i-a fost îngăduit naționalului grec, prin intervenția autorităților executive. Anume prin neprezentarea documentelor ce ar fi putut dovedi termenele de predare ale vapoarelor. Acesta este argumentul cheie pe care se bazează statul grec în susținerea cererilor sale. Marea Britanie a răspuns în contradictoriu, susținând că „liberul acces” trebuie înțeles într-o manieră restrictivă. Faptul că cetățeanul grec

a avut posibilitatea să stea în fața curților britanice atât prin introducerea unei acțiuni în justiție cât și prin apărările formulate în timpul procesului ai domo cetățenilor britanici, ne duce cu gândul că o îngrădire în obținerea remediilor judiciare nu a fost în această situație. Acestea fiind spuse, Curtea Internațională de Justiție nu a judecat fondul acestei acțiuni, ci doar a hotărât că cele două state sunt obligate să coopereze pentru reglarea acestui conflict pe calea arbitrajului⁸⁶.

Concluzii

28. Regula clar stabilită în dreptul internațional că statul răspunde pentru actele organelor sale – este o *regulă cutumiară* ce nu creează, de cele mai multe ori, probleme de aplicare. Stabilitatea și claritatea acestei regulii nu se poate reține însă despre întreaga instituție a răspunderii. Fiindcă reglementarea unei asemenea instituții este greu de atins în sistemul de drept internațional, care este un *amestec curios al celor trei tipuri fundamentale de drept*⁸⁷. M-am gândit să fac o corelație cu felurile de drept delimitate de *Georg Schwarzenberger*, fiindcă instituția răspunderii îndeplinește o *funcție sistemică esențială*. *Dreptul puterii, dreptul reciprocității și dreptul coordonării* - cele trei tipuri de drept sunt forme ideale, în realitate se găsesc doar forme hibride, dar asta nu ne împietează să folosim aceste noțiuni pentru a caracteriza un anumit sistem de drept. Oricum un anumit sistem de drept combină aceste feluri de drept în proporții diferite. Dreptul puterii este tipul caracteristic sistemului de drept internațional și acest lucru se observă și în abordarea proiectului de articole. Spun acest lucru fiindcă circumstanțele ce exclud ilicitul internațional sunt în așa fel concepute în cât mă duc cu gândul la dreptul puterii, *în special starea de necesitate*. În reglementarea articolelor, starea de necesitate operează atunci când pericolul grav și iminent amenință: un interes esențial al statului, interes care poate fi salvagardat numai prin comportamentul ilicit adoptat în stare de necesitate, și comportamentul ilicit în stare de necesitate nu afectează de o manieră gravă un interes vital al statului față de care există obligația internațională violată. Se observă cum anumite interese ale statelor pot justifica o faptă ilicită. Remarca lui *Georg Schwarzenberger* mi se pare edificatoare în acest sens: „Având în vedere că un asemenea drept [drept al puterii] e cel mai bine servit atunci când caracteristicile și funcția sa reală sunt deghizate, pe cât posibil, de o fațadă de aspecte tehnice și doctrine cvasi-etice, el tinde în mod necesar să îndeplinească simultan funcția unei ideologii prin care interesele legitime pe care le protejează sunt deghizate și camuflate sub aparența identității cu interesele tuturor.”⁸⁸

29. Comisia de drept internațional este o *comunitate epistemică*, expresie împrumutată de la Ernst Haas, datorită nivelului foarte înalt pe care îl controlează are o „influență neobișnuită asupra politicianilor și birocratilor și ca o consecință ideile [ei] devin o parte a politicii”⁸⁹. Aplecarea acestei comisii asupra instituției răspunderii denotă interesul crescut despre această temă a juriștilor internaționali, ci nu neapărat un interes statal. Să nu uităm că proiectul de articole asupra răspunderii nu este izvor de drept internațional, dar are o *autoritate*⁹⁰ *remarcabilă în determinarea normelor de drept internațional*.

30. Acest proces de *codificare* a dreptului internațional întreprins de CDI privit fiind din punct de vedere sociologic ne duce cu gândul la ideea de „birocratizare”. *Birocratizare* care în înțelesul profetic al lui *Max Weber* nu înseamnă nu numai o dominație a unui anumit grup social, ci și o dominație de gândire inerentă acestui grup social⁹¹.

Grosso modo, răspunderea statului necesită o abordare delicată, această abordare a fost concretizată în proiectul de articole. Abstractizarea, forma unui tratat, rafinamentul și concizia exprimării ne duce cu gândul la o anumită menajare politică, astfel încât statele să nu pară rănite în propriile interese statale.

Răspunderea în dreptul internațional are un *caracter strict reparatoriu*⁹², discuția răspunderii penale a statului prin aplicarea unor amenzi penale (*punitive damages*) cu rol represiv, este controversată.

De reținut că prevederile privind răspunderea statului înmănuncheate în proiectul de articole sunt invocate de tribunalele internaționale, însă arbitrii sau judecătorii internaționali nu trebuie să uite că ele nu sunt izvor de drept, astfel trebuie privite cu un ochi critic, ca un simplu îndrumar, adăstarea în concretețea faptelor nu trebuie ignorată în aceste situații. Practica statelor va confirma în timp efectivitatea regulilor elaborate de CDI, fiindcă *cutuma* rămâne un examen principal pentru aceste articole. Acestea fiind spuse rămând în gând cu importanța instituției răspunderii, pot spune că efectivitatea regulilor din proiectul CDI va constata dacă într-adevăr s-a întreprins o codificare⁹³ sau s-a experimentat într-o manieră așa zisă de „dezvoltare progresivă”.

* Masterand, Drept european, Universitatea de Vest din Timișoara; alexcucu82@yahoo.com.

¹ Nu numai complexitatea temei este în discuție, să nu uităm evantaiul larg de discuții ce-l naște acest subiect dintr-un anumit punct politic.

² Philip Allott, **State Responsibility and the Unmaking of International Law**, 29 Harv. Int L. J., 1988, pp. 13-14 *passim*.

- ³ Pentru o scurtă incursiune asupra evoluției ideii de răspundere a statului v. Georg Nolte, **From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: The Classical International Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of Bilateral Conception of inter-state Relations**, EJIL, 13/2002
- ⁴ Este o definiție din **Dictionnaire de la terminologie du droit international**, Sirey, Paris, 1960; citată după Marțian I. Niciu, **Drept internațional public**, Servo Sat, Arad, 2001, p. 102.
- ⁵ David M. Walker, **The Oxford Companion to Law**, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 1179.
- ⁶ Regulă ce a fost introdusă și în Proiectul de articole CDI la art. 1 cu următorul conținut: Orice fapt ilicit al statului atrage răspunderea internațională a celui stat. vezi **Yearbook of the International Law Commission**, 2001, vol II (Part Two).
- ⁷ Comisia de drept internațional încă din 1949 încearcă să codifice această materie, ultimul proiect de articole este cel din 2001.
- ⁸ Norme care pot fi modificate prin norme consensuale contrare.
- ⁹ CPIJ, *Afacerea Fabrica Chorzow*, Serie A, nr. 17, p. 29.
- ¹⁰ *Idem*.
- ¹¹ Prejudiciul ca un element constitutiv al răspunderii este o problemă controversată în doctrină, iar în ceea ce privește practica acesta este o cerință pentru acordarea de despăgubiri. Dar R. Ago raportor al CDI urmând opinia lui Anzilotti consideră că prejudiciul este inclus în fapta ilicită.
- ¹² Aprofundate în înțelesul studierii practicii internaționale - ce degajează cutumele în această materie - și apoi transpunerea acestor cutume printr-o codificare de tip generalistă, esențializată, tendință ce se înscrie în curentul denumit dezvoltarea progresivă a dreptului internațional.
- ¹³ Răspunderea internațională revine în principal statelor, poate incumba și organizațiilor internaționale cât și persoanelor fizice, în anumite condiții.
- ¹⁴ Folosesc termenul de răspundere, care mi se pare mai potrivit, ci nu acela de responsabilitate care are mai multe conotații psihologice.
- ¹⁵ Practica internațională ce a luat în vedere această abordare: *Afacerea Canalul Corfu*, ICJ Reports, 1949, p. 4; *Home Missionary Society Claim*, 6 R. I. A. A. pp. 42-44.
- ¹⁶ *Afacerea Caire*, 5 R. I. A. A. pp. 516.
- ¹⁷ Rebecca M. M. Wallace, **International Law**, Sweet and Maxwell, London, 1997, op.cit. p. 176.
- ¹⁸ L. Oppenheim, **International Law, a Treaties, vol I, Peace**, Longmans, London, 1905, p. 199.
- ¹⁹ *Ibidem*, pp. 199-200.
- ²⁰ Fapt ilicit este expresia echivalentă pentru *internationally wrongful act*, expresie folosită în proiectul CDI, denotație ce cuprinde atât acțiunile cât și omisiunile.
- ²¹ Statul suveran nu poate fi pedepsit (nu-i se pot aplica pedepse punitive) cu toate acestea se poate acționa într-un mod coercitiv pentru a se obține reparația prejudiciului produs. vezi L. Oppenheim, op. cit. p. 201
- ²² Norme ce regelementează comportamente în sensul dat de H. L. A. Hart.
- ²³ Calificarea unui act al statului ca fapt ilicit internațional este reglementată de dreptul internațional. Această calificare nu este afectată de o aceeași calificare a aceluiași fapt ca licit de dreptul intern. (art. 3 din Proiectul CDI)
- ²⁴ În dreptul internațional contemporan se vorbește și despre obligațiile erga omnes ce revin tuturor statelor. vezi *Afacerea Barcelona Traction*, în ICJ Reports, 1970, p.32
- ²⁵ Această distincție este considerată una funcțională ci nu o diviziune necesară conceptuală. cf. James Crawford, **The ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect**, AJIL. Vol. 96/2002, pp.876-879.

- ²⁶ Această dihotomie se distanțează de concepția lui H.L.A Hart ce consideră normele secundare ca reguli despre reguli ce regelementează producerea, interpretarea și conferirea de competențe iar normele primare se adresează comportamentelor.
- ²⁷ Materia clasică în care intervine răspunderea statului este cea în care un cetățean străin este prejudiciat de către alt stat fie prin prejudicii aduse bunurilor acestuia ori prin afectarea integrității fizice a respectivului străin.
- ²⁸ Comportamentul individual al agenților este o stare de fapt și răspunderea statului va fi atrasă numai dacă o conduită particulară încălcă o obligație prescrisă statului pentru a avea o anumită comportare. vezi Pierre – Marie Dupuy, **Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States**, EJIL, 3/1992.
- ²⁹ Grigore Geamănu, **Drept internațional public**, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981, op. cit. p.331
- ³⁰ Această relație de cauzalitate trebuie înțeleasă într-un sens diferit de nexul causal deoarece este o consecință a atribuirii unei anumite conduite a unui subiect de drept printr-o normă juridică, iar nu într-un cadru de relații de fapt de ordin fizilogic sau psihologic. Vezi în Grigore Geamănu punctul de vedere a lui D. Anzilotti p..331 n. 268.
- ³¹ Imputabilitatea apare ca o ficțiune juridică ce consideră ca actele anumitor entități sunt însăși actele statului. Vezi. Rebecca M. M. Wallace, **International Law**, Sweet and Maxwell, London, 1997, p. 176.
- ³² Atribuirea și imputarea îi folosesc ca termeni interșanjabili.
- ³³ Pierre – Marie Dupuy , **Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States**, EJIL, 3/ 1992, p. 144 și *passim*.
- ³⁴ Statul răspunde și pentru anumite activități care nu sunt interzise de dreptul internațional, dar această răspundere nu intră în discursul nostru. Așa numita răspundere pentru risc (*liability, Haftung*) diferită de răspunderea pentru fapte ilicite (*responsibility, Verantwortlichkeit*).
- ³⁵ Dionisio Anzilotti citat în Pierre- Marie Dupuy , p. 145.
- ³⁶ Temă ce ține de sancțiunile în dreptul internațional.
- ³⁷ V. Robert Rosenstock, **The ILC and State Responsibility**, AJIL, vol. 96/ 2002, p.797.
- ³⁸ V. pentru o analiză riguroasă v. Jean Salmon, **Les Circumstances excluant l illeceite**, în Karl Zemanek, Jean Salamon , **Responsabilite internationale**, Pedone, Paris, 1987.
- ³⁹ Invocate fiind obligația internațională devine inoperantă.
- ⁴⁰ Valentin Constatin, **Drept internațional public**, EUV, Timișoara, 2004, op.cit. p. 355.
- ⁴¹ Obiectivă în înțelesul că conduita agenților ce acționează pentru stat este debarasată, pentru a constitui o faptă ilicită, de cerința de a fi comisă cu vinovăție sub forma culpei sau a intenției, a nu se confunda cu răspunderea pentru risc care în doctrina românească se mai denuște sub această frazeologie.
- ⁴² v. Pierre- Marie Dupuy, **Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States**, EJIL, 3/ 1992, pp. 147-148
- ⁴³ Imputabilitatea în cazul răspunderii absolute (*damnum sine injuria*) este o tematică ce a fost abordată în mod separat de CDI fiindcă în acest caz nu este vorba despre o faptă ilicită ci despre o activitate licită conform dreptului internațional - ce a produs anumite prejudicii transfrontaliere.vezi. Karl Zemanek, **La responsabilite des Etats pour faits internationalment illicites, ainsi que pour faits internationalment licites**, în Karl Zemanek, Jean Salmon, **Responsabilite internationale**, Pedone, Paris, 1987, pp.26-32
- ⁴⁴ Vezi. John R.Crook, Daniel Bodansky, **The ILC s State Responsibility Articles. Introduction and Overview**. AJIL, vol. 96/2002, unde autorii se întrebă asupra problemei imputabilității(atribuirii) în cazurile mai delicate în care statul nu are un raport direct și evident în comiterea anumitor fapte contrare dreptului internațional.
- ⁴⁵ Valentin Constatin, **Drept internațional public**, EUV, Timișoara, 2004,op.cit. p. 350
- ⁴⁶ O observație se impune și anume dacă faptele insurgențiilor își ating obiectivul acestea vor fi considerate ale statului însuși conform cu principiul continuități statale.

- ⁴⁷ Obligațiile ce incumbă statului conform normele primare ale dreptului internațional sunt în principal de trei feluri: *obligații ce impun adoptarea unei conduite precis determinate, obligații ce impun atingerea unui anumit rezultat și obligații de a preveni un anumit eveniment.*
- ⁴⁸ *Afacerea Personalului diplomatic și consulara al SUA la Teheran*, este cazul clasic în această materie.
- ⁴⁹ Putere este aici folosit cu un sens funcțional sinonim cu autoritate.
- ⁵⁰ Vezi. **Yearbook of the International Law Commission**, vol II, Part II, 2001
- ⁵¹ Pentru o înțelegere cât mai clară și mai profundă se impune consultarea comentariilor la articolele făcute chiar de CDI
- ⁵² Aceste probleme sunt răspunsuri la întrebarea: Pentru ce acte va răspunde statul ca și persoană juridică? vezi. L. Oppenheim, **International Law, a Treatise, vol I**, Longmans, 1905, London, p. 203
- ⁵³ De pildă conform art. 8 din proiectul CDI conduita autorizată de către stat, astfel imputabilă lui, dată unor entități ori persoane fizice, trebuie să fi fost autorizată de către un organ al statului, fie direct, fie indirect.
- ⁵⁴ "An officer or person in authority represents pro tanto his government, which in a international sense it is the aggregate of all officers and men in authority." (citată după **Yearbook of the International Law Commission**, vol II, Part II, 2001, p.40)
- ⁵⁵ Am tradus cu termenul de funcționar termenul officer din limba engleză, termen întâlnit mai în toate textele de limbă engleză.
- ⁵⁵ Am tradus cu termenul de funcționar termenul *officer* din limba engleză, termen întâlnit mai în toate textele de limbă engleză.
- ⁵⁶ From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal law ... express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures în *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Merits, Judgment No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7, la p.19
- ⁵⁷ "Giving administrative guidance" expresia din limba engleză pare mai revelatoare; Dacă o asemenea "guidance" implică o încălcare a unei obligații internaționale poate ridica anumite dificultăți, însă această "guidance" (îndrumare, direcționare) este în mod clar imputabilă statului.
- ⁵⁸ Vezi de exemplu hotărârile CEDO în cauza *Swedish Engine Drivers Union v. Sweden*, CEDO Series . A, No. 20 (1976), la p. 14 și cauza *Schmidt and Dahlström v. Sweden, ibid., Series A, No. 21 (1976)*, la p. 15
- ⁵⁹ Cu toate acestea în art. 7 din proiectul CDI se prevede: Conduita unui organ al statului or a unei entități investită cu elemente ale puterii publice va fi considerată un fapt al statului în dreptul internațional dacă acel organ sau entitate acționează conform competențelor, chiar dacă își depășește autoritatea or contravine împuternicirii primite. Regula ce dă glas principiului efectivității.
- ⁶⁰ De exemplu a se vedea *Afacerea Roper* 4 R. I. A. A pp.145-148
- ⁶¹ Pierre- Marie Dupuy, **Dionisio Anzilotti and the Law of International Responsibility of States**, EJIL, 3/ 1992, op.cit. p. 144; Georges Scelle consideră exact opusul.
- ⁶² Spre pildă în sistemele de common law
- ⁶³ Folosesc aici termenul persoană cu referire atât la persoană fizică cât și la cea juridică.
- ⁶⁴ Această expresie vrea să desemneze acele manifestări de voință ale statului în relațiile sale cu alte subiecte de drept internațional
- ⁶⁵ Statul răspunde pentru faptele sale fără nicio distincție, această analiză separată are alte motivații decât cea a diferențierii răspunderii
- ⁶⁶ În dreptul internațional ideea de încălcare a unei obligații poate fi reținută ca echivalentul pentru ideea încălcării drepturilor subiective ale altora, așa cum susținea R. Ago
- ⁶⁷ Raluca Miga Beșteliu, **Drept Internațional. Introducere în dreptul internațional**, All Beck, București, 1998, op.cit. p.3
- ⁶⁸ Idem
- ⁶⁹ Valentin Constatin, **Drept internațional public**, EUV, Timișoara, 2004, op.cit. pp.348-349

- ⁷⁰ O observație se impune, în dreptul internațional nu există jurisdicții obligatorii, iar conflictele de interese între state, cele de o importanță crescută nu sunt rezolvate pe cale judiciară.
- ⁷¹ În sentință s-a pus problema interpretării unor termeni din tratatul în cauză; în formele sale autentice respectiv în limba engleză apare termenul "taken" iar în limba italiană "espropriati", primul fiind mai cuprinzător decât cel din limba italiană.
- ⁷² Fiind de naționalitate americană, statul american și a exercitat dreptul de protecție diplomatică, ce se manifestă și printre altele și prin inițierea procedurilor judiciare internaționale.
- ⁷³ Folosesc aici termenul rechiziție nu ca pe o măsură de deposedare forțată reglementată de dreptul român ci ca pe un termen ce desemnează o deposedare indiferent de cauzele ce au dus la această măsură.
- ⁷⁴ Perioada de rezolvare a recursului a fost nerezonabilă 16 luni
- ⁷⁵ v. întreaga sentință cu soluția finală și cu argumentele Curții în, I.C.J. Reports, 1989.
- ⁷⁶ Conformitatea cu dreptul intern și conformitatea cu prevederile unui tratat sunt lucruri diferite. Ce se prezintă ca o încălcare a unui tratat poate fi legal în dreptul intern; și ce este ilegal în dreptul intern poate fi legal conform prevederilor unui tratat.
- ⁷⁷ Soluția Curții a fost de respingere a pretențiilor formulate de SUA, constatându-se că faptele autorităților italiene nu contravin nici unei obligații internaționale, respectiv că nu se încalcă nici o prevedere din tratatul *inter partes* încheiat între cele două state.
- ⁷⁸ În acest caz în mod clar comportamentul primarului orașului Palermo este un comportament imputabil statului italian
- ⁷⁹ Pentru detalii dacă conduita autorităților italiene este o încălcarea a obligațiilor convenționale v. I.C.J. Reports, para. 67 -135 ,1989
- ⁸⁰ Comportamentul acestor organe în transgresarea obligațiilor internaționale poate fi și combinat nu neapărat numai din partea unui singur organ ci din partea mai multora.
- ⁸¹ V. pentru anumite lămuriri și piste bibliografice suplimentare Anthony D Amato, **Nicaragua and International Law: The "Academic" and the "Real"** , AJIL vol.79/1985
- ⁸² Ion M. Anghel; Viorel I. Anghel, **Răspunderea în dreptul internațional**, Lumina Lex, București, 1998, op.cit. pp.32-33
- ⁸³ Raluca Miga Beșteliu, **Drept Internațional. Introducere în dreptul internațional**, All Beck, București, 1998,op.cit. p.364
- ⁸⁴ Valentin Constatin, **Drept internațional public**, EUV, Timișoara, 2004 p.325-326. , apud Ian Brownlie **Principles of Public International Law** ,Clarendon Press, Oxford, 1973 loc.cit. p. 515
- ⁸⁵ Cit.în Valentin Constantin, loc. cit. p.326
- ⁸⁶ V. soluția Comisiei mixte greco-britanice în 12 R. I. A. A. pp.83-153
- ⁸⁷ Georg Schwarzenberger, **Cele trei tipuri de drept**, în Valentin Constantin, **Doctrină și jurisprudență internațională**, op.cit, p. 53
- ⁸⁸ În Valentin Constantin, cit. p.43
- ⁸⁹ Valentin Constantin, apud, p.32
- ⁹⁰ O observație se impune cu privire la conceptul de autoritate, aceasta este de două feluri *autoritate epistemică și autoritate deontică*, CDI este titulara unei autorități epistemice în domeniul dreptului internațional. A se vedea J.M. Bochenski, Ce este autoritatea?,Ed. Humanitas, București, 1992
- ⁹¹ Philip Allott, **State Responsibility and the Unmaking of International Law**,29Harv. Int L. J, 1988, op. cit. p.9
- ⁹² Distincția dintre răspundere civilă/penală respectiv delictuală/contractuală nu este operantă în dreptul internațional.
- ⁹³ Codificare care l-a rândul ei este dubioasă în sistemul dreptului internațional, deoarece organul legislativ nu este unul central , ci normele sunt produse în mod descentralizat.

ARTICOLE

REFUZUL DE A TRATA CU ANUMIȚI FURNIZORI SAU BENEFICIARI – MODALITATE A ABUZULUI DE POZIȚIE DOMINANTĂ ÎN ACTIVITATEA ÎNTREPRINDERILOR

Cristina CUCU*

Abstract: *The refusal to deal with certain suppliers or beneficiaries – a type of dominant position abuse in the activity of undertakings. The abuse of dominant position is an anticompetitive practice prohibited by the competition law which may be achieved in several ways. One of these, expressly and legislatively regulated by the Romanian competition law, is represented by the “refusal to deal with certain suppliers or beneficiaries”. However, the Romanian legislation does not define the concepts, infrequent in common law, used in the imposed interdiction nor does it specify the limits of “the refusal”. The notes defining the concepts can be however learned analyzing the decisions of the Court of Justice of the European Union. Hence it is necessary to determine the scope of the concepts and to identify the actual forms of expression of “the refusal to deal with certain suppliers or beneficiaries” in order to conclude whether or not there exist a prohibited abuse of dominant position.*

Key words: *anticompetitive practice; abuse of dominant position; refusal to deal with certain suppliers or beneficiaries; refusal to purchase; refusal to supply; essential facilities doctrine; refusal to grant licenses.*

Cuvinte cheie: *practică anticoncurențială; abuzul de poziție dominantă; refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari; refuzul de a cumpăra; refuzul de a aproviziona; teoria facilităților esențiale; refuzul de a acorda licențe.*

1. Considerații introductive

Practicile anticoncurențiale sunt comportamente prohibite ale competitorilor pe o piață, deoarece restrâng, distorsionează sau elimină concurența. Protecția, menținerea și stimularea concurenței și a unui mediu concurențial normal, în vederea promovării intereselor consumatorilor, sunt scopuri declarate ale legislației în materie

de concurență, pentru realizarea căroră este necesară instituirea unor interdicții exprese de manifestare pe piață a comportamentelor anticoncurențiale. În legislația română în vigoare, Legea concurenței nr. 21/1996¹, în acord cu prevederile legislative primare din dreptul Uniunii Europene², reglementează două mari categorii de practici anticoncurențiale: înțelegerile anticoncurențiale, încheiate între două sau mai multe întreprinderi, în scopul de a-și coordona comportamentul pe piață și abuzul de poziție dominantă al unei întreprinderi pe o anumită piață relevantă.

În analiza practicilor anticoncurențiale există două concepte cheie, "întreprinderea" și "piața relevantă", care au semnificații specifice în dreptul concurenței, diferite de cele din dreptul comun.

Astfel, în dreptului concurenței, noțiunea de "întreprindere" are o semnificație specifică.

Legea nr. 21/1996 definește întreprinderea, prin art. 2 alin. (1) lit. a), ca fiind: "persoană fizică sau juridică, de cetățenie, respectiv de naționalitate română sau străină", iar în art. 2 alin. (2), ca reprezentând "orice operator economic angajat într-o activitate constând în oferirea de bunuri sau de servicii pe o piață dată, independent de statutul său juridic și de modul de finanțare, astfel cum este definită în jurisprudența Uniunii Europene "Sfera conceptului a fost stabilită prin jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care a stabilit o semnificație extinsă a noțiunii de "întreprindere", diferită de cea din dreptul comun. În contextul dreptului concurenței, întreprinderea reprezintă orice entitate angajată într-o activitate economică, independent de statutul său juridic și de modul în care este finanțată³, cu o autonomie suficientă astfel încât să își poată determina în mod liber comportamentul pe piață⁴. Caracterul economic al activității desfășurate este esențial pentru calificarea entității drept întreprindere în sensul dreptului concurenței, fiind considerată economică orice activitate constând în oferirea de bunuri sau de servicii pe o piață dată. Forma juridică, modul de finanțare, lipsa unui scop statutar lucrativ nu reprezintă criterii care să excludă entitatea din noțiunea de întreprindere.

La rândul său, în dreptul concurenței, noțiunea de piață are o semnificație specifică, diferită de noțiunea generală de "piață" din dreptul comun și înseamnă "piața relevantă". *Piața relevantă* reprezintă cadrul în interiorul căruia se exercită concurența între întreprinderi și se stabilește prin suprapunerea pieței produsului peste piața geografică. Piața produsului și piața geografică sunt criterii esențiale în determinarea pieței relevante. Din punct de vedere al pieței produsului, piața relevantă cuprinde produsele care pot fi apreciate, în mod rezonabil, suficient de substituibile între ele, în funcție de caracteristici, preț și utilizare. Piața geografică este aceea în care condițiile obiective de concurență sunt similare pentru toate întreprinderile.

2. Interdicția abuzului de poziție dominantă

În activitatea sa economică, orice întreprindere urmărește, în mod firesc, să acapereze o parte cât mai mare din piață, pentru a-și maximiza pe cât posibil profitul. Poziția dominantă pe care o întreprindere o câștigă astfel pe o piață nu este interzisă. Interzis este numai abuzul de această poziție dominantă.

Potrivit art. 102 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE), "este incompatibilă cu piața internă și interzisă, în măsura în care poate afecta comerțul dintre statele membre, folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața internă sau pe o parte semnificativă a acesteia". Interdicția abuzului de poziție dominantă este reglementată în dreptul românesc al concurenței în mod similar, prin articolul 6 din Legea concurenței nr. 21/1996: "este interzisă folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața românească sau pe o parte substanțială a acesteia".

Noțiunea de "*poziție dominantă*" pe piață a unei întreprinderi nu este definită legislativ nici în dreptul european, nici în dreptul românesc. Sfera acestui concept a fost stabilită jurisprudențial, prin deciziile Curții Europene de Justiție. Potrivit unei jurisprudențe constante⁵, poziția dominantă este o poziție de forță economică în care se află o întreprindere, care îi permite acesteia să împiedice menținerea concurenței efective pe piața relevantă, dându-i posibilitatea să se comporte, într-o măsură apreciabilă, independent de competitorii săi, de clienți și, în cele din urmă, față de consumatori.

Prin urmare, elementele dominației sunt: pe de o parte, puterea economică, iar, pe de altă parte, abilitatea unui comportament independent și liber al întreprinderii de toate presiunile concurenței

Pentru a măsura puterea de dominație, nu există un singur criteriu absolut, care să conducă în mod cert la concluzia corectă, ci este necesar să fie avute în vedere mai multe criterii, între care cota de piață a întreprinderii deține, evident, un loc important. Deținerea unei cote de piață de minim 50% (în dreptul european⁶), respectiv de minim 40% (în dreptul românesc⁷) instituie o prezumție relativă a existenței poziției dominante.

Abuzul de poziție dominantă este "o noțiune obiectivă ce vizează comportamentele unei întreprinderi în poziție dominantă care sunt de natură să influențeze structura unei piețe unde gradul de concurență este deja redus tocmai din cauza prezenței întreprinderii respective și care, prin recurgerea la mijloace diferite de cele care guvernează o concurență normală între produse și servicii pe baza prestațiilor întreprinderilor, au ca efect crearea de obstacole în calea menținerii gradului de concurență existent încă pe piață sau în calea dezvoltării acestei concurențe"⁸.

3. Refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari

Atât articolul 102 TFUE cât și articolul 6 din Legea nr. 21/1996 expun, într-o manieră generală, interdicția abuzului de poziție dominantă și oferă, cu caracter exemplificativ, câteva modalități în care se poate realiza abuzul.

”Refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari” este una dintre modalitățile în care se poate realiza abuzul de poziție dominantă. Această modalitate de abuz a întreprinderii în poziție dominantă nu este reglementată în mod expres în legislația europeană, fiind doar consacrată jurisprudențial, prin deciziile Curții de Justiție a Uniunii Europene, însă este reglementată expres de legiuitorul român prin articolul 6 alin. (1) lit. a) teza a II-a din Legea nr. 21/1996: ” [...]Aceste practici abuzive pot consta în special în: a) impunerea, în mod direct sau indirect, a unor prețuri inechitabile de vânzare sau de cumpărare sau a altor condiții inechitabile de tranzacționare și refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari” (s.n.).

Dreptul concurenței interzice deci ”refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari”, adică refuzul de a încheia anumite contracte, cu anumiți parteneri contractuali.

În doctrina românească s-a subliniat în mod pertinent că termenul ”a trata” nu înseamnă ”a duce tratative, iar legiuitorul nu l-a considerat sinonim cu a negocia și nu a înțeles să instituie în sarcina întreprinderii dominante o obligație generală de a desfășura tratative, negocieri, cu partenerii de afaceri”⁹.

Sublinierea este corectă, având în vedere principiul libertății contractuale, consacrat de dispozițiile art. 1169 Cod civil (potrivit art. 1169 Cod civil, părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri), în temeiul căruia ”orice persoană are dreptul de a încheia orice contract, cu orice partener și cu clauzele pe care părțile le convin, cu singurele limite impuse de lege, ordinea publică și bunele moravuri”¹⁰.

Ca atare, analiza refuzului întreprinderii dominante de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari, pentru a se stabili că acesta este nejustificat și că, astfel, întreprinderea a abuzat de poziția ei dominantă, trebuie efectuată cu mare atenție, deoarece principiul este cel al libertății contractuale.

Refuzul de a trata nu conduce, în mod necesar, la un abuz. O întreprindere, chiar dacă se află într-o poziție dominantă, beneficiază de libertate contractuală. Probleme din perspectiva conformității cu regulile de concurență pot apărea atunci când o astfel de întreprindere refuză să trateze cu o altă întreprindere, iar acest refuz are un impact semnificativ asupra concurenței, în detrimentul utilizatorilor finali.

În aceste condiții, putem conchide că ”refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari” reprezintă o modalitate a abuzului de poziție dominantă, interzisă de dreptul concurenței, dacă: i) refuzul de a trata, adică refuzul de a încheia anumite

contracte emană de la o întreprindere în sensul dreptului concurenței; ii) întreprinderea în discuție deține o poziție dominantă pe piața relevantă; iii) întreprinderea abuzează de această poziție dominantă, tocmai prin acest refuz de a trata; și iv) refuzul este apt să ducă la restrângerea sau chiar la eliminarea concurenței de pe piață.

4. Forme de exprimare

Refuzul de a trata poate fi *explicit* sau *implicit*. Comisia Europeană a subliniat că nu este necesar să existe un refuz efectiv din partea unei întreprinderi dominante; un refuz implicit este suficient, menționând, cu titlu de exemplu, că refuzul implicit ar putea lua forma unei întârzieri excesive sau a unui alt tip de perturbare în furnizarea produsului sau ar putea include impunerea unor condiții nerezonabile în schimbul furnizării produsului¹¹.

Din analiza jurisprudenței Curții, a autorităților de concurență și a Comunicării Comisiei din anul 2009 – ”Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante”, rezultă că, în esență, refuzul de a trata cu anumiți furnizori ori beneficiari, ca și abuz al întreprinderii dominante, poate consta în:

- refuzul de a cumpăra de la anumiți furnizori;
- refuzul de a vinde anumitor beneficiari: refuzul de a aproviziona;
- refuzul de a permite accesul la anumite facilități esențiale: teoria facilităților esențiale;
- refuzul de a acorda licențe pentru drepturi de proprietate intelectuală.

Astfel, instanțele europene, în mai multe cauze soluționate, au reținut drept abuz de poziție dominantă comportamente precum: refuzul de a furniza produse unor clienți noi sau actuali¹²; refuzul de a acorda licență pentru drepturi de proprietate intelectuală¹³, inclusiv atunci când acestea sunt necesare pentru a furniza informații de interfață¹⁴. Comisia Europeană a precizat și ea că refuzul întreprinderii dominante de a aproviziona poate constitui un abuz și că noțiunea de refuz de aprovizionare¹⁵ acoperă o serie largă de practici, precum refuzul de a furniza produse unor clienți noi sau actuali sau refuzul de a acorda licență pentru drepturi de proprietate intelectuală. De asemenea un asemenea refuz constituie și refuzul de a acorda accesul la o instalație sau la o rețea esențială¹⁶.

5. Refuzul de a cumpăra de la anumiți furnizori

Pentru a fi abuziv, un refuz al întreprinderii de a cumpăra de la un anumit furnizor trebuie să fie nejustificat și să fie de natură a afecta concurența, în sensul posibilității de eliminare a respectivului furnizor. Ipoteza este mai rar întâlnită în

practică, însă poate subzista atunci când un furnizor livrează îndeosebi întreprinderii dominante, astfel că refuzul acesteia de a mai cumpăra de la furnizor poate duce chiar la eliminarea acestuia din urmă de pe piață.

O analiză a cumpărătorului dominant a fost efectuată recent de Consiliul Concurenței din România, autoritatea națională în domeniul concurenței, în cauza Arcelor Mittal Galați SA. Consiliul a reținut că, în general, atunci când vorbim despre un cumpărător dominant și despre puterea sa de cumpărare, vorbim despre capacitatea acestuia, bazată pe importanța sa economică pe piața relevantă, de a obține de la furnizorii săi condiții de cumpărare avantajoase. O altă modalitate de a percepe puterea de cumpărare este puterea superioară de negociere, putând fi cu greu disociată de aceasta, fiind în mod tipic definită ca puterea cumpărătorului de a negocia cu furnizorii lui. Efectele puterii unui cumpărător dominant depind de puterea sa de vânzare pe o piață situată în aval. Cumpărătorii puternici pot fi însă caracterizați ca fiind dominanți față de furnizorii lor, indiferent dacă sunt sau nu dominanți față de clienții lor¹⁷.

În cauza menționată, Consiliul a subliniat că abuzul poate exista atunci când un cumpărător dominant obligă furnizorii să accepte anumite condiții/o anumită situație, rezultând exploatarea sau excluderea acestora. În mod normal, un cumpărător puternic poate determina furnizorii să ofere prețuri mai mici, de exemplu prin potențarea concurenței dintre aceștia. Atâta timp cât de aceste avantaje profită și consumatorii, se poate afirma că nu există motive de îngrijorare din punct de vedere concurențial. Dacă refuzul de a achiziționa sau chiar situația în care cumpărătorul achiziționează mai puțin duce la reducerea vânzărilor pe piața din aval, pe care este dominant, și la creșterea prețurilor pe această piață, se poate vorbi astfel despre un impact anticoncurențial al comportamentului său. În acest context este important să se stabilească dacă inițiativa de a nu mai cumpăra sau de a cumpăra mai puțin nu se datorează însă scăderii cererii, situație în care cumpărătorul nu ar face altceva decât să răspundă acesteia¹⁸.

6. Refuzul de a vinde anumitor beneficiari: refuzul de a aproviziona.

O întreprindere care produce un anumit produs, în temeiul libertății contractuale, este îndreptățită să aleagă dacă înțelege sau nu îl vândă, precum și să-și aleagă cocontractantul. Faptul că întreprinderea are o poziție dominantă pe piață poate ridica însă probleme din punct de vedere concurențial atunci când aceasta refuză să vândă produsul *anumitor* întreprinderi, de regulă clienți deja existenți ai întreprinderii dominante, condiții în care se poate vorbi despre o obligație de aprovizionare în sarcina întreprinderii dominante, pentru a nu fi sancționată de abuzul de puterea ei.

Analiza *jurisprudenței* relevă că se recunoaște, în anumite circumstanțe, obligația unei întreprinderi dominante de a aproviziona. Relevantă în acest sens este cauza *Commercial Solvents*, în care Curtea a decis că ”deținătorul unei poziții dominante pe piața materiilor prime care, cu scopul de a și le rezerva propriei producții de produse derivate, refuză furnizarea acestora unui client, producător al acestor produse derivate, cu riscul de a elimina orice concurență din partea acestui client, își folosește în mod abuziv poziția dominantă”¹⁹.

În același sens, în Cauza *United Brands*, s-a decis că ”o întreprindere care dispune de o poziție dominantă pentru distribuirea unui produs - beneficiind de prestigiul unei mărci cunoscute și apreciate de consumatori - nu poate înceta livrările față de un client vechi și care respectă uzanțele comerciale, de vreme ce comenzile acestui client nu prezintă un caracter anormal”²⁰.

Referitor la refuzul de a aproviziona, *Comisia Europeană* a precizat în mod judicios că ea consideră că o intervenție în temeiul dreptului concurenței necesită o analiză atentă în cazul în care aplicarea art. 102 TFUE ar duce la impunerea unei obligații de aprovizionare în sarcina întreprinderii dominante. Astfel, ”existența unei asemenea obligații — chiar și în schimbul unei remunerații echitabile — poate reduce motivația întreprinderilor de a investi și de a inova și poate, astfel, aduce prejudicii consumatorilor. Faptul de a ști că pot avea o obligație de a aproviziona împotriva propriei voințe poate determina întreprinderile dominante - sau întreprinderile care estimează că pot deveni dominante - să nu investească, sau să investească mai puțin, în activitatea respectivă. De asemenea, concurenții pot fi tentați să profite gratuit de investițiile efectuate de întreprinderea dominantă în loc să investească ei înșiși. Niciuna dintre aceste consecințe nu ar fi, pe termen lung, în interesul consumatorilor.”²¹.

În Comunicarea din 2009, Comisia se preocupă de refuzul de aprovizionare de către întreprinderea dominantă a unui concurent, atunci când întreprinderea dominantă intră în concurență pe piața din aval²² cu acel cumpărător pe care refuză să-l aprovizioneze, apreciind că această ipoteză prezintă un mai mare pericol anticoncurențial²³. Comisia consideră că se poate reține săvârșirea unui abuz de poziție dominantă prin refuzul de aprovizionare, atunci când sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții²⁴:

- refuzul se referă la un produs sau un serviciu care este necesar în mod obiectiv pentru a putea intra în concurență în mod eficace pe o piață din aval;
- este probabil ca refuzul să ducă la eliminarea concurenței efective pe piața din aval, și
- este probabil ca refuzul să aducă prejudicii consumatorilor.

7. Refuzul de a permite accesul la anumite facilități esențiale. Teoria facilităților esențiale

Jurisprudența instanțelor europene a dus la dezvoltarea doctrinară a unei teorii intitulată a "facilităților esențiale". În esență, potrivit acestei teorii, se apreciază că o întreprindere care deține o infrastructură, un produs sau un serviciu esențial, inclusiv un drept de proprietate intelectuală sau industrială esențial pe o anumită piață și care îi dă putere pe o piață conexă sau derivată săvârșește un abuz prin refuzul de a acorda acces (evident, contra cost) la facilitatea în discuție și poate fi constrânsă să permită concurentului accesul la această facilitate.

În doctrina românească, "facilitățile esențiale" sau "mijloacele esențiale" au fost definite ca instalații, echipamente sau drepturi, indispensabile pentru a asigura stabilirea și menținerea raporturilor cu clienții și/sau pentru exercitarea activităților concurenților, cărora le-ar fi imposibil să le reproducă prin eforturi și cheltuieli proprii rezonabile²⁵.

În doctrina franceză, s-a subliniat că facilitatea, adică instalația sau infrastructura sau resursa este esențială, atunci când: nu există niciun alt substitut potențial sau real (precum: un aeroport, o instalație portuară, o rețea de cablu, o instalație de producere a apei potabile); în absența ei concurenții nu își pot deservi propria clientelă; există o imposibilitate de reproducere într-o manieră rezonabilă a facilității (dacă reproducerea ei este posibilă, chiar dacă în condiții mai puțin avantajoase, dar economic rezonabil, teoria nu se aplică)²⁶.

Dacă există o asemenea facilitate esențială, potrivit teoriei analizate, întreprinderea dominantă poate săvârși un abuz prin refuzul de a acorda acces la facilitatea în discuție sau prin acordarea accesului în condiții discriminatorii, în ipoteza în care refuzul este în măsură să elimine întreaga concurență actuală sau potențială pe o piață derivată. Refuzul nu poate fi justificat decât pentru motive obiective, precum faptul că infrastructura este deja saturată. Întreprinderea care deține o asemenea instalație esențială, poate fi obligată să o pună la dispoziția concurentului său, pentru un preț orientat către costuri²⁷.

Din cele expuse privind teoria facilităților esențiale, rezultă în mod evident că problema este delicată, deoarece i se poate imputa încălcarea dreptului de proprietate și al principiului libertății contractuale: deși o întreprindere are un drept de proprietate asupra unui bun/serviciu și, totodată, este liberă să își aleagă partenerul contractual, poate fi, totuși, în anumite situații, obligată să permită accesul unui concurent la facilitatea pe care o deține. Ca atare, este necesară o analiză atentă și o punere în balanță a intereselor concurenței și a consumatorilor, pe de o parte, și a intereselor întreprinderii care deține facilitatea în discuție, pe de altă parte.

Sub aspectul analizat, relevantă prin indicarea unor repere pentru a determina că un refuz de acces la o facilitate esențială reprezintă un abuz de poziție dominantă, este hotărârea pronunțată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Cauza Oscar Bronner²⁸.

În această cauză, Curtea, sesizată cu o întrebare preliminară, fusese solicitată să se pronunțe dacă refuzul unui grup de presă care deținea o cotă foarte importantă pe piața austriacă a cotidianelor și care opera unicul sistem de livrare la domiciliu a ziarelor la scară națională existent în Austria de a permite, în schimbul unei remunerații adecvate, accesul la sistemul menționat al editorului unui cotidian concurent constituia un abuz de poziție dominantă. Bronner edita un ziar care deținea 3,6 % din piață, iar Mediaprint edita ziare care ocupau 71% din piață. Bronner a pretins că Mediaprint a folosit în mod abuziv poziția dominantă, deoarece a refuzat să includă ziarul lui Bronner în serviciul de livrare la domiciliu deținut de Mediaprint. Mediaprint a susținut că realizarea acestui serviciu a presupus o investiție considerabilă și că nu este obligat să subvenționeze întreprinderile concurente.

Curtea a reținut (par. 41 și urm.) că pentru a stabili existența unui abuz este necesar nu numai ca refuzul serviciului reprezentat de livrarea la domiciliu să fie de natură să elimine orice concurență pe piața cotidianelor din partea solicitantului serviciului și să nu poată fi justificată în mod obiectiv, ci și ca serviciul însuși să fie indispensabil pentru exercitarea activității acestuia, în sensul că nu există niciun substitut real sau potențial pentru sistemul respectiv de livrare la domiciliu. În consecință, deoarece accesul la serviciul de livrare la domiciliu al Mediaprint nu era indispensabil pentru activitatea economică principală a lui Bronner de producere a unui ziar, acesta având posibilitatea de a recurge la alte metode de distribuție a ziarului, Curtea a decis că acest refuz nu reprezenta un abuz de poziție dominantă.

Conchizând, se poate reține deci că există un abuz de poziție dominantă atunci când întreprinderea în discuție, deținând o facilitate esențială, refuză unei alte întreprinderi accesul la această facilitate, dacă:

- refuzul privește un produs sau un serviciu *indispensabil* (nu există niciun substitut real sau potențial) pentru *exercitarea unei activități* determinate *pe o piață vecină*;

- refuzul să nu poată fi *justificat* obiectiv;

- refuzul este de natură să *excludă orice concurență* efectivă pe această piață vecină.

Urmare a constatării abuzului, întreprinderea poate fi obligată să permită accesul la facilitatea esențială, contra unei remunerații adecvate. Nici Curtea de Justiție a Uniunii Europene și nici Comisia Europeană nu au stabilit însă ce anume ar reprezenta o "remunerație adecvată", situație de natură a lăsa în continuare deschisă problema condițiilor în care se acordă accesul și care, în absența unor criterii generale, apreciez că va fi soluționată de la caz la caz.

8. Refuzul de a acorda licențe pentru drepturi de proprietate intelectuală/ industrială

Refuzul de a acorda licențe este analizat în strânsă legătură cu teoria anterior expusă, privind accesul la facilitățile esențiale, această abordare rezultând din jurisprudența CJUE, care a analizat problematica refuzului de acordare a licențelor în mai multe cauze.

Astfel, în *cauza Volvo*²⁹, Curtea, sesizată cu o întrebare preliminară, fusese solicitată să se pronunțe dacă faptul că un producător de automobile, titular al unui drept asupra unui model care acoperă elementele de caroserie, refuză să acorde terților o licență pentru furnizarea de piese care încorporează modelul protejat trebuia să fie considerat abuz de poziție dominantă. În hotărârea sa, Curtea a subliniat că facultatea, pentru titularul unui model protejat, de a împiedica terții să producă și să vândă sau să importe, fără consimțământul său, produse care încorporează modelul constituia însăși substanța dreptului său exclusiv. Aceasta a concluzionat (par. 8) că „o obligație impusă titularului modelului protejat de a acorda terților, chiar în schimbul unor redevențe rezonabile, o licență pentru furnizarea de produse care încorporează modelul ar echivala cu privarea acestui titular de substanța dreptului său exclusiv și că refuzul de a acorda o asemenea licență nu poate constitui în sine un abuz de poziție dominantă”.

Aceeași abordare o regăsim și în *cauza IMS Health*³⁰. În această cauză, Curtea s-a pronunțat din nou cu privire la condițiile în care refuzul unei întreprinderi în poziție dominantă de a acorda unui terț o licență pentru utilizarea unui produs protejat de un drept de proprietate intelectuală este susceptibil să constituie un comportament abuziv. Curtea a reafirmat (par. 34) că, potrivit unei jurisprudențe consacrate, dreptul exclusiv de reproducere face parte din prerogativele titularului unui drept de proprietate intelectuală, astfel încât refuzarea unei licențe, deși ar proveni din partea unei întreprinderi în poziție dominantă, nu poate constitui în sine un abuz de poziție dominantă. Curtea a arătat de asemenea (par. 35) că din aceeași jurisprudență rezultă că exercitarea dreptului exclusiv de către titular putea, în împrejurări excepționale, să dea naștere unui comportament abuziv și a declarat (par. 38) că, pentru ca refuzul unei întreprinderi titulare a unui drept de autor de a permite accesul la un produs sau la un serviciu indispensabil pentru exercitarea unei activități determinate să poată fi calificat drept abuziv, era suficient să fie îndeplinite trei condiții cumulative, și anume ca refuzul să împiedice apariția unui nou produs pentru care există o cerere potențială din partea consumatorilor, refuzul să fie lipsit de justificare și să fie de natură să excludă orice concurență pe o piață derivată.

Dimpotrivă, în *Cauza Magill*³¹, decizia adoptată a părut greu de acceptat, deoarece s-a reținut săvârșirea unui abuz de poziție dominantă prin refuzul de a acorda o licență unui terț pentru utilizarea unui drept de proprietate intelectuală.

În această cauză, Comisia a considerat că trei societăți de televiziune abuzaseră de poziția dominantă pe care o dețineau pe piața reprezentată de grilele lor de programe săptămânale respective și pe cea a ghidurilor de televiziune în care erau publicate aceste grile, prevalându-se de dreptul lor de autor asupra acestor grile pentru a împiedica terții să publice ghiduri săptămânale complete ale programelor diferitor canale de televiziune. În consecință, Comisia obligase aceste societăți de televiziune să își furnizeze reciproc și să furnizeze terților la cerere și pe o bază nediscriminatorie programele lor de emisiuni săptămânale stabilite în avans și să permită reproducerea acestor programe de către aceste părți. Comisia precizase în special că redevențele solicitate de societățile respective, în ipoteza în care ar fi ales să furnizeze și să permită reproducerea acestor programe prin intermediul licențelor, trebuiau să aibă un quantum rezonabil.

Curtea, deși subliniază că „dreptul exclusiv de reproducere făcea parte din prerogativele autorului, astfel încât un refuz de acordare a licenței, chiar dacă ar proveni de la o întreprindere în poziție dominantă, nu poate constitui în sine un abuz de poziție dominantă”, a precizat totuși că „exercitarea dreptului exclusiv de către titular putea, în împrejurări excepționale, să dea naștere unui comportament abuziv” (par. 49 și 50).

Curtea a considerat că următoarele împrejurări erau relevante pentru a stabili caracterul abuziv al comportamentului imputat societăților de televiziune în cauză: refuzul imputat acestora privea un produs, grilele de programe săptămânale ale canalelor de televiziune, a cărui furnizare era indispensabilă pentru exercitarea activității în cauză, editarea unui ghid săptămânal complet al programelor de televiziune (par 53); acest refuz împiedica apariția unui produs nou, un ghid săptămânal complet al programelor de televiziune, pe care societățile de televiziune sus-menționate nu îl ofereau și pentru care exista o cerere potențială din partea consumatorilor, ceea ce constituia un abuz (par. 54); acest refuz nu era justificat (par. 55); prin comportamentul lor, aceste societăți de televiziune își rezervaseră o piață derivată, cea a ghidurilor săptămânale de televiziune, excluzând orice concurență pe această piață (par. 56).

Și în *Cauza Microsoft*³² s-a reținut că, datorită unor împrejurări excepționale, exercitarea dreptului exclusiv de către titularul dreptului de proprietate intelectuală poate conduce la un abuz de poziție dominantă.

Refuzul acestei întreprinderi de a furniza concurenților „informațiile privind interoperabilitatea” și de a autoriza utilizarea lor pentru dezvoltarea și distribuția de produse concurente cu produsele sale pe piața sistemelor de operare

pentru servere pentru grupuri de lucru a fost considerată abuz de poziție dominantă. Sancțiunea aplicată³³ a fost amendă în cuantum de 497.196.304 euro, iar, cu titlu de măsură corectivă, Microsoft a fost obligată să dezvăluie informațiile privind interoperabilitatea oricărei întreprinderi care dorește să dezvolte și să distribuie sisteme de operare pentru servere pentru grupuri de lucru, fiind autorizate aceste întreprinderi, în condiții rezonabile și nediscriminatorii, să utilizeze informațiile privind interoperabilitatea pentru a dezvolta și a distribui sisteme de operare pentru servere pentru grupuri de lucru.

Tribunalul a reținut (par. 332) că trebuie să fie considerate drept excepționale în special următoarele împrejurări: în primul rând, refuzul privește un produs sau un serviciu indispensabil pentru exercitarea unei activități determinate pe o piață vecină; în al doilea rând, refuzul este de natură să excludă orice concurență efectivă pe această piață vecină; în al treilea rând, refuzul împiedică apariția unui produs nou³⁴ pentru care există o cerere potențială din partea consumatorilor. Din moment ce s-a stabilit că astfel de împrejurări sunt incidente, refuzul titularului în poziție dominantă de a acorda o licență este abuziv, cu excepția cazului când este justificat în mod obiectiv (par. 333).

Conchizând, potrivit jurisprudenței anterior relevate, facultatea titularului unui drept de proprietate intelectuală de a exploata acest drept doar în beneficiul său constituie însăși substanța dreptului său exclusiv. Prin urmare, simplul refuz, chiar dacă provine de la o întreprindere în poziție dominantă, de a acorda o licență unui terț nu poate constitui în sine un abuz de poziție dominantă în sensul 102 TFUE. Doar datorită unor împrejurări excepționale, un asemenea refuz poate fi calificat drept abuziv și, prin urmare, este permis ca, în interesul public al menținerii unei concurențe efective pe piață, să fie încălcat dreptul exclusiv al titularului dreptului de proprietate intelectuală prin obligarea acestuia să acorde licențe terților care încearcă să intre pe această piață sau să se mențină pe aceasta.

Trebuie avute în vedere pentru a putea reține abuzul următoarele *împrejurări excepționale*:

- refuzul privește un produs sau un serviciu indispensabil pentru exercitarea unei activități determinate pe o piață vecină;
- refuzul este de natură să excludă orice concurență efectivă pe această piață vecină;
- refuzul împiedică apariția unui produs nou pentru care există o cerere potențială din partea consumatorilor;
- refuzul este lipsit de justificare obiectivă.

9. Concluzii

Atât articolul 102 TFUE cât și articolul 6 din Legea nr. 21/1996 expun, într-o manieră generală, interdicția abuzului de poziție dominantă și oferă, cu caracter exemplificativ, câteva modalități în care se poate realiza abuzul.

”Refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari” este una dintre modalitățile în care se poate realiza abuzul de poziție dominantă și poate avea mai multe forme concrete de exprimare: refuzul de a cumpăra de la anumiți furnizori; refuzul de a vinde anumitor beneficiari; refuzul de a aproviziona; refuzul de a permite accesul la anumite facilități esențiale; refuzul de a acorda licențe pentru drepturi de proprietate intelectuală.

Indiferent de forma concretă de exprimare, nu orice refuz de a trata, adică de a iniția sau a continua raporturi contractuale, conduce, în mod necesar, la un abuz. O întreprindere, chiar dacă se află într-o poziție dominantă, beneficiază de libertate contractuală. ”Refuzul de a trata cu anumiți furnizori sau beneficiari” reprezintă o modalitate a abuzului de poziție dominantă, interzisă de dreptul concurenței, dacă: i) refuzul de a trata, adică refuzul de a încheia anumite contracte emană de la o întreprindere în sensul dreptului concurenței; ii) întreprinderea în discuție deține o poziție dominantă pe piața relevantă; iii) întreprinderea abuzează de această poziție dominantă, tocmai prin acest refuz de a trata și iv) refuzul este apt să ducă la restrângerea sau chiar la eliminarea concurenței de pe piață.

* Doctorand, Universitatea Nicolae Titulescu, Facultatea de Drept, București, cristinaeremia@yahoo.com

¹ Publicată în M.Of nr. 88 din 30 aprilie 1996 și republicată în MOF nr. 742 din 16 august 2005, cu modificările ulterior aduse prin O.U.G. nr. 75/2010 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 459 din 06/07/2010 și Legea nr. 149/2011 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 490 din 11/07/2011.

² Articolele 101 și 102 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene. Versiunea consolidată a tratatului este publicată în J.O. nr. C 83 din 30.03.2010. *Brevitas causa*, pe parcursul prezentei lucrări va fi folosită și abrevierea *TFUE* pentru Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

³ Cauza C-41/90 Hofner și Elser c. Macroton GmbH. Deciziile instanțelor europene sunt disponibile pe site-ul Curții de Justiție a Uniunii Europene, www.curia.eu. *Brevitas causa*, pe parcursul prezentei lucrări Curtea de Justiție a Uniunii Europene va fi indicată și prin abrevierea *CJUE*.

⁴ Cauza Beguelin, C-22/71; Cauza Viho Europe BV vs. Comisia, C-73/95; Cauza Akzo Nobel, C-97/08.

⁵ Cauza United Brands vs. Comisia, C-27/76, hotărârea Curții din 14 februarie 1978, par. 65; Cauza Hoffmann-La Roche, C-85/76, par. 38.;

⁶ Cauza AKZO vs. Comisia, C-62/86, Hotărârea Curții din 3 iulie 1991, par. 60.

⁷ Articolul 6 din Legea nr. 21/1996.

⁸ Cauza Hoffmann-La Roche, C-85/76, hotărârea din 13 februarie 1979, par. 91

⁹ Mihai, Emilia, *Dreptul concurenței*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 145.

- ¹⁰ Cărpenaru, Stanciu, *Tratat de drept comercial. Conform Noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 402.
- ¹¹ Comunicarea Comisiei din 2009 - "Orientări privind prioritățile Comisiei în aplicarea articolului 82 din Tratatul CE la practicile de excludere abuzivă ale întreprinderilor dominante", par. 79. În prezent, articolul 82 din Tratatul CE este numerotat ca art. 102 din Tratatul TFUE.
- ¹² Cauzele conexate 6/73 și 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano și Commercial Solvents vs. Comisia.
- ¹³ Cauzele conexate C-241/91 și C-242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) și Independent Television Publications (ITP) vs. Comisia (Magill); Cauza C-418/01 IMS Health/NDC Health
- ¹⁴ Cauza Microsoft vs. Comisia, T-201/04.
- ¹⁵ Comunicarea Comisiei din 2009, *cit. supra*, par. 78.
- ¹⁶ Decizia 94/19/CE a Comisiei din 21 decembrie 1993 în cauza IV/34.689 Sea Containers/Stena Sealink — Interim Measures (JO L 15, 18.1.1994, p. 8) și Decizia 92/213/CEE a Comisiei din 26 februarie 1992 în cauza IV/33.544 British Midland/Aer Lingus (JO L 96, 10.4.1992, p. 34).
- ¹⁷ Cauza Arcelor Mittal Galați SA, decizia Consiliului Concurenței nr. 31 din 22 iunie 2012, par. 7. Deciziile Consiliului Concurenței sunt disponibile pe site-ul www.consiliulconcurentei.ro.
- ¹⁸ *Ibidem*.
- ¹⁹ Cauzele conexate 6/73 și 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano și Commercial Solvents vs. Comisia, hotărârea din 6 martie 1974, par. 25.
- ²⁰ Cauza United Brands vs. Comisia, C-27/76, hotărârea Curții din 14 februarie 1978, par. 182.
- ²¹ Comunicarea Comisiei din 2009, *cit. supra*, par. 75
- ²² Piața din aval este piața pentru care factorii de producție refuzați sunt necesari pentru a fabrica un produs sau a furniza un serviciu (Comunicarea Comisiei din 2009, *cit. supra*, par. 76).
- ²³ Comunicarea Comisiei din 2009, *cit. supra*, par. 76.
- ²⁴ Comunicarea Comisiei din 2009, *cit. supra*, par. 81.
- ²⁵ E. Mihai, *op.cit.*, p. 143.
- ²⁶ M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, ed. 5, Ed. Sirey, Paris, 2011, p. 256.
- ²⁷ M. Malaurie-Vignal, *op.cit.*, p. 258.
- ²⁸ Cauza Oscar Bronner, C-7/97, hotărârea Curții din 26 noiembrie 1998
- ²⁹ Cauza Volvo, C-238/87, hotărârea Curții din 5 octombrie 1988.
- ³⁰ Cauza IMS Health, C-418/01, hotărârea Curții din 29 aprilie 2004
- ³¹ Cauza Magill, cauzele conexate C-241 și 242/91, hotărârea Curții din 6 aprilie 1995.
- ³² Cauza Microsoft, T-201/2004, hotărârea Tribunalului de primă instanță din 17 septembrie 2007.
- ³³ Sancțiunea a fost aplicată atât pentru acest comportament, cât și pentru cel de vânzare legată.
- ³⁴ Tribunalul de primă instanță a subliniat că "împrejurarea potrivit căreia comportamentul imputat împiedică apariția unui *produs nou* pe piață trebuie să fie luată în considerare în contextul articolului 82 al doilea paragraf litera (b) CE, care interzice practicile abuzive care constau în „limitarea producției, comercializării sau dezvoltării tehnologice în dezavantajul consumatorilor” (par. 643 din hotărârea tribunalului).

ARTICOLE

UNELE CONSIDERAȚII CU PRIVIRE LA SANȚIUNEA NULITĂȚII ȘI LA NOȚIUNEA DE CLAUZĂ NESCRISĂ ÎN REGLEMENTAREA NOULUI COD CIVIL¹

Șerban DIACONESCU*

Abstract: *On the nullity of contract and the notion of unwritten clause under the new Romanian civil code. The new Civil Code contains a more detailed regulation of the legal regime of the invalidity of the contract. Alongside with the classical partial invalidity of the contract, the new Civil Code refers in many instances to clauses deemed unwritten. The lack of a precise regulation of the regime of these clauses opens the possibility for several qualifications, from a simple form of invalidity to a distinctive institution. The present paper has the purpose to offer, based on the analysis of the legal texts and settled juridical situations, functional solutions to the legal regime of the clauses deemed unwritten as well as to certain particular aspects of the legal regime of the invalidity.*

Keywords: *nullity, unwritten clause, contract, civil code.*

Cuvinte cheie: *nulitate, clauză nescrisă, contract, cod civil.*

1. Reglementarea nulității. Unele considerații privitoare la distincția dintre nulitatea relativă și nulitatea absolută. Natura juridică a acțiunii în nulitate.

Conform art. 1.246 din noul Cod civil orice contract încheiat cu încălcarea condițiilor cerute de lege pentru încheierea sa valabilă este supus nulității, dacă prin lege nu se prevede o altă sancțiune. Nulitatea reprezintă astfel regula în materie de sancțiuni aplicabile pentru nerespectarea condițiilor de valabilitate, regimul său juridic fiind unul imperativ (al. 4).

Principala distincție reținută de către legiuitor în materie de nulități o reprezintă distincția dintre nulitatea relativă și cea absolută (art. 1246 al. 2), distincția de regim juridic fiind reglementată la art. 1247 – 1251. Reglementarea urmează în

principiu regimul juridic al nulităților creionat de către doctrina română civilă în ultima jumătate de secol, regim de inspirație juridică franceză².

În reglementarea noului cod este nul contractul încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes general (art. 1247 al. 1), respectiv este anulabil contractul încheiat cu încălcarea unei dispoziții legale instituite pentru ocrotirea unui interes particular.

Un element de noutate este adus de art. 1.252: în cazurile în care natura nulității nu este determinată ori nu reiese în chip neîndoielnic din lege, contractul este anulabil. Aparent textul legal tranșează chestiunea distincției dintre nulitatea relativă și absolută. Cu toate acestea criteriul oferit, interesul general respectiv interesul particular nu este ferit de multiple posibile interpretări.

Interesul general, privit în opoziție cu interesul particular, este o noțiune polimorfă, fiind asociată în primul rând cu un interes transcendent intereselor particulare, dar poate privi și un interes mai degrabă particular dar cu implicații generale. Legiuitorul a preferat termenul de interes general celui de interes public, deși doctrina și practica judiciară consideră acești termeni de principiu acoperind aceleași realități juridice³. Ne întrebăm dacă nu cumva semnificația acestei alegeri o reprezintă intenția legiuitorului de a sublinia faptul că nulitatea absolută poate interveni și în situații în care interesul ocrotit nu este neapărat unul transcendent, ci doar o sumă de interese particulare distincte.

Protecția interesului general sau public vizează ocrotirea ordinii publice și a bunelor moravuri⁴ astfel încât înțelegerea criteriului de distincție dintre cele două forme principale necesită o analiză, fie și sumară, a noțiunii de ordine publică. Aceasta cuprinde două componente principale, ordinea publică de protecție, menită a ocroti interese particulare și ordinea publică de direcție, menită a ocroti interese care transcend pe cele particulare⁵.

Mai concret, în concepția clasică se poate spune că anumite norme imperative sunt menite să asigure un consimțământ valabil exprimat sub toate aspectele (în sens larg) astfel încât sancțiunea nulității intervine pentru a asigura această libertate, adică în sprijinul autonomiei de voință, nulitatea fiind de principiu relativă.

Prin opoziție, în alte situații, deși manifestarea de voință este liber și clar exprimată, nulitatea intervine ca sancțiune în numele unor valori apreciate ca superioare față de voința contractanților, sancțiunea nulității operând în numele acestor valori împotriva autonomiei de voință. Aceasta este situația clasică a nulității absolute.

Doctrina și jurisprudența franceză, care fac în prezent distincția dintre nulitatea relativă și cea absolută pe baza aceluiași criteriu, rămân în principiu atașate acestei viziuni⁶: dacă este vorba de o nulitate de protecție menită să protejeze autonomia de voință avem de a face cu o nulitate relativă, iar dacă măsura protejează un interes general, independent de voința contractanților ne aflăm în prezența unei nulități absolute.

Însă chiar și această dezvoltare a conceptelor se poate dovedi insuficientă în anumite situații susceptibile de diferite calificări care pot ridica probleme în practica judiciară. Pe de o parte când nulitatea de protecție vizează ocrotirea intereselor unui terț, cum este cazul dreptului de preemțiune, avem de a face cu o nulitate, în principiu relativă, dar cu toate acestea nu protejează autonomia de voință a părților. Pe de altă parte, adesea nulitatea care servește protecției unui contractant are de asemenea menirea și de a ocroti un interes general. Așa cum s-a arătat în doctrină⁷, inserarea cauzei actului în ordinea juridică oglindește poate cel mai sugestiv ideea că este imposibil de separat net interesul public de cel privat, că cel din urmă, oricât de individual și particular ar fi, trebuie să nu contravină celorlalți, adică ordinii juridice.

De exemplu în cazul protecției consumatorilor ocrotirea intereselor părții slabe din contract are și o componentă de interes general care rezultă din posibilitatea oferită asociațiilor de protecție a consumatorilor de a formula acțiuni vizând eliminarea anumitor clauze din contract. De asemenea în cazul împrumutului cu dobândă civil, limitarea cuantumului dobânzii, măsură de protecție a împrumutatului, are și o componentă de interes general sprijinind politica economică a statului, clauza fiind nulă de drept (art. 5 al Ordonanței nr. 13/2011). Și în ceea ce privește unele măsuri din domeniul concurenței, deși vizează în principal protejarea consumatorilor finali, au și o indiscutabilă componentă de ordine publică de direcție vizând asigurarea liberului acces pe piața produselor și serviciilor (art. 5 și 6 raportate la art. 49 din Legea nr. 21/1996).

Art. 66 din noul Cod civil sancționează cu nulitate absolută orice acte care conferă valori patrimoniale corpului uman, cu excepția situațiilor expres prevăzute de lege. Nulitatea vizează cu precădere un interes considerat general, ocrotirea corpului uman, și nu interesul particular al individului în cauză⁸.

Nulitatea vizând ordinea publică de organizare a profesiilor liberale (cu titlu de exemplu art. 1 al. 3 din Legea nr. 51/1995 privind organizarea profesiei de avocat, republicată, sau art. 3 al. 5 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și activității notariale republicată) deși la prima vedere protejează interesele unor organizații profesionale, în realitate prin intermediul acestor sancțiuni se urmărește preponderent ocrotirea unui interes general, acela de a asigura publicul împotriva incapacității sau imoralității persoanelor care o exercită⁹. Adesea se urmărește și asigurarea unui serviciu de utilitate publică prin intermediul profesiilor respective¹⁰.

Se poate concluziona astfel că nu întotdeauna o nulitate care vizează ordinea publică de protecție este relativă, prin excepție ea putând fi și absolută. La nivel teoretic s-a propus și un sistem de nulități mixte, în funcție de elementul preponderent în situația concretă: cel care vizează interesul general sau cel care vizează interesul particular¹¹. Adică în concret, deși ca regulă nulitatea este fie

relativă, fie absolută, prin excepție, dacă la un caz particular devine preponderent un interes general, respectiv unul particular, prin excepție nulitatea să fie absolută, respectiv relativă. Cu toate acestea nu credem că o astfel de interpretare concretuală, în funcție de cazul particular dedus judecății, este compatibilă cu tradițiile dreptului nostru și nici cu reglementarea din noul Cod civil.

De principiu legiuitorul a urmărit în cuprinsul codului să utilizeze termenul de anulabil atunci când sancțiunea urmărită a fost nulitatea relativă (art. 1248 C. Civ. sau, cu titlu de exemplu art. 211 al. 2 sau art. 297 din C.civ.), respectiv constatarea nulității atunci când s-a urmărit nulitatea absolută (art. 1247 C.civ. sau cu titlu de exemplu art. 306 C.civ., care se referă la ambele acțiuni). Cu toate acestea legislația secundară și mai ales legislația anterioară Codului nu respectă întrutotul această rigoare¹². Prin urmare în interpretarea textului de lege credem că ar trebui dată prioritate principiului, însă numai ca excepție, în caz de îndoială de interpretare. În acest sens sunt și pozițiile exprimate în doctrină¹³.

Un bun exemplu de analiză îl reprezintă problema nulității în cazul unui contract ce urmărește fraudarea intereselor unui terț. Tradițional în dreptul nostru sancțiunea aplicabilă pentru această situație a fost considerată în general a fi nulitatea absolută. Și raportat la noua reglementare unii autori¹⁴ opinează că sancțiunea potrivită rămâne cea a nulității absolute. Imperativele nu sunt numai de ordine publică de protecție a unui terț, ci vizează și un plan general, un imperativ de rigoare morală, de protejare a societății față de încălcarea unor reguli ale moralei sociale considerate fundamentale pentru însăși ordinea unei societăți¹⁵. Și noul Cod civil, rămas fidel acestei viziuni, sancționează cu nulitatea absolută contractul fondat pe o cauză imorală (art. 1238 al. 2). Cu toate acestea, ceea ce este imoral pentru o societate este un concept fluid, supus evoluției¹⁶, motiv pentru care și jurisprudența privitoare la nulitatea unui contract pentru cauză imorală este prin natura sa evolutivă¹⁷.

Ca o ilustrare cu privire la subiectul de analiză, printr-o decizie din 30.01.2007, Casația franceză¹⁸ a considerat că un contract de editare încheiat fără consimțământul autorului de către fiul acestuia este lovit de nulitate relativă și nu de nulitate absolută cum a considerat Curtea de Apel (discuția prezenta interes deoarece nulitatea relativă era prescrisă în speță). Raționamentul a fost că nulitatea protejează doar interesele patrimoniale ale autorului, și este prin urmare relativă, chiar dacă contractul este încheiat în scopul fraudării intereselor unui terț.

Și în materie de drept de preemțiune legiuitorul stabilește ca sancțiune uneori nulitatea relativă (în Legea nr. 10/2001 sau Legea Arhivelor naționale), alteori nulitatea absolută (dreptul de preemțiune al Statului în domeniul silvic sau al monumentelor istorice).

Cu toate că este incontestabil că nulitatea are un regim juridic diferit în funcție de caracterul absolut sau relativ al acesteia, acțiunea în nulitate nu credem că trebuie abordată distinct ca fiind două forme ireconciliabile de acțiune. Chiar dacă nulitatea absolută se constată eventual din oficiu iar nulitatea relativă se pronunță numai la cerere, în realitate nu avem de a face cu o acțiune în constatare propriu-zisă, în sensul art. 111 C.pr.civ.¹⁹ (art. 35 C.pr.civ. nou), ci mai degrabă cu o diferență semantică menită să sublinieze diferența de regim juridic dintre cele două acțiuni²⁰. Prin urmare apreciem incorectă o soluție de genul respingerea unei acțiuni în nulitate pentru faptul că nu a fost calificată ca absolută sau relativă sau respingerea pentru că a fost calificată ca o acțiune în anulare, deși în opinia instanței ar fi vorba de o nulitate absolută, în realitate fiind vorba de o singură acțiune, cu regim juridic diferit în funcție de forma de nulitate la care se încadrează, efectele nulității fiind de principii identice.

2. Clauzele nescrise, formă a nulității (parțiale), formă a clauzei inexistente sau regim juridic distinct?

Un bun exemplu în acest sens este problema distincției dintre nulitatea absolută/relativă și clauzele nescrise, instituție inițial consacrată în dreptul nostru în materia protecției consumatorului.

Spre deosebire de nulitate, clauzele nescrise nu au un regim juridic clar definit. Din dispozițiile art. 1255 al. 3 ar rezulta faptul că aceste clauze sunt, la fel ca și clauzele nule, contrare unor dispoziții legale imperative, dar ar opera, cel puțin aparent, ca o sancțiune distinctă. Din textul legal ar rezulta că în privința clauzelor nescrise se aplică același regim juridic ca și cel al clauzelor nule în ceea ce privește completarea contractului în caz de ineficacitate a clauzelor.

Clauzele nescrise au fost reglementate în dreptul intern pentru prima dată în materie de protecție a consumatorului, prin legea privind combaterea clauzelor abuzive în raporturile dintre profesioniști și consumatori²¹. Fiind un import în dreptul intern, pe filieră comunitară, majoritatea autorilor au optat că această instituție reprezintă de fapt o variantă a nulității, fiind preferată sancțiunea nulității absolute²². În sprijinul acestei opinii vine și faptul că prin art. 12 al. 3 din Legea nr. 193/2000 se prevede dreptul la acțiune al asociațiilor de consumatori în vederea impunerii modificării contractului de către profesionist. Într-o altă opinie această sancțiune, specifică dreptului consumului, ar diferi de nulitate prin aceea că nu afectează valabilitatea contractului în ansamblul său ci doar atrage automat înlocuirea clauzei cu prevederile dreptului comun, poziția reclamantului fiind mai facilă și în plan probator unde nu trebuie decât să invoce caracterul abuziv al clauzei nu și lipsa unui element contractual esențial (lipsa cauzei)²³.

Aceasta a fost și viziunea în dreptul francez, unde de asemenea noțiunea de clauză nescrisă a pătruns în dreptul intern sub influența legislației comunitare în materie de protecție a consumatorului. În ultima parte a sec. XX în aplicarea unor dispoziții legale similare, jurisprudența franceză considera că o clauză contractuală poate fi declarată „nulă și nescrisă” în măsura în care era apreciată ca fiind abuzivă²⁴. Adesea jurisprudența franceză, atunci când a analizat o clauză cu un caracter vădit dezechilibrat în raporturile dintre părți, adică abuziv, au apreciat că avem de a face cu o clauză al cărei obiect este unul ilicit²⁵.

Legiuitorul român în cuprinsul noului Cod civil a extins această sancțiune la o serie de alte situații, fără a structura și un regim juridic neîndoielnic, expres reglementat, pentru aplicarea sancțiunii. Prin urmare unii autori au apreciat că ar fi vorba doar de utilizarea unui termen desuet pentru a numi o formă a nulității²⁶. Pentru alții ar fi vorba practic de o nulitate absolută și parțială care însă operează de drept²⁷. În alte opinii, ce e drept nu formulate neapărat la nivel de principiu, se apreciază, pe de o parte, că în situația clauzelor nescrise nu trebuie constatată sau pronunțată nulitatea²⁸, iar pe de altă parte se reține faptul că au o natură comună și efecte practic identice²⁹.

Analizând textele care reglementează clauzele nescrise putem remarca aplicarea acestora în variate domenii, dincolo de situația clasică a protecției unei părți mai slabe de la funcționarea persoanei juridice (art. 218 al. 3) până la raporturi între profesioniști (art. 2094) și protecția unui regim juridic de ordine publică de direcție (art. 1246 al. 4). Prin urmare ar fi credem exagerat să considerăm că avem de a face cu o singură categorie de clauze care ar putea fi afectate de această sancțiune (cum în reglementarea anterioară erau vizate de principiu doar sancționarea clauzelor abuzive).

Într-o încercare de sinteză a cazurilor reglementate de Codul civil, menită să formeze o perspectivă în încercarea de a creiona un regim juridic specific pentru această sancțiune, pot fi identificate următoarele categorii principale de clauze pentru care legiuitorul a optat pentru aplicarea sancțiunii de „nescrisă”:

1. Sancțiunea apare în diferite ipostaze ale reglementării regimului persoanelor juridice. La art. 218 (3) se prevede că toate clauzele sau dispozițiile actului de constituire ori ale statutului, precum și hotărârile organelor statutare ale persoanei juridice care limitează sau largesc puterile conferite exclusiv de lege acestor organe sunt considerate nescrise, chiar dacă au fost publicate. Fără îndoială interesul ocrotit este unul general, vizând funcționarea acestor subiecte de drept în raporturile cu terții sau cu fondatorii, dincolo de protejarea eventuală și a interesului particular al persoanei juridice. Invocarea acestei sancțiuni poate fi făcută de orice persoană interesată, chiar străină de persoana juridică, deoarece numai față de terți, de principiu, opozabilitatea se realizează prin publicare în

registrul corespunzător³⁰, față de asociați/acționari/membri și organele de conducere (administratori/președinte), producând efecte în principiu direct hotărârile organelor deliberative ale persoanei juridice.

Dacă analizăm art. 1932, în materia contractului de societate, rezultă pe de o parte o diferențiere tranșantă față de nulitate făcută de legiuitor, iar pe de altă parte o răsturnare a regulii de la 1255 în această materie, clauza nescrisă fiind regula și nulitatea expresă excepția în această materie specială. Conform textului de lege nulitatea societății poate rezulta exclusiv din încălcarea dispozițiilor imperative ale capitolului referitor la societate, stipulate sub sancțiunea nulității, sau din nesocotirea condițiilor generale de validitate a contractelor, dacă legea specială nu prevede altfel, iar orice clauză contractuală contrară unei dispoziții imperative din respectivul capitol a cărei încălcare nu este sancționată cu nulitatea se consideră a fi nescrisă. Putem conchide faptul că în viziunea legiuitorului cele două sancțiuni ar trebui să difere ca regim juridic, clauza nescrisă nefiind o simplă formă a nulității parțiale, în caz contrar fiind lipsită de semnificație schimbarea regulii în acest caz particular.

Cum reglementarea contractului de societate reprezintă dreptul comun în materia societăților (art. 1887), iar societatea poate fi constituită și cu personalitate juridică (art. 1881 al. 3), putem conchide că legiuitorul a dorit și în materia specială a formelor de asociere cele mai răspândite, similar cu reglementarea analizată anterior în materie de persoane juridice în general, să pună la dispoziția celor interesați (asociați fondatori, noi asociați, terți interesați, autorități) o sancțiune funcțional mai potrivită pentru viața societății.

2. Sancțiunea se aplică și unor situații de evident interes general, vizând protecția unor reguli fundamentale ale dreptului civil. Conform art. 1246 al. (4) sunt considerate nescrise clauzele sau chiar convențiile accesorii prin care părțile ar institui sau suprima cauze de nulitate. Interesant ne apare faptul că poate fi considerată ca nescrisă chiar o întregă convenție, în măsura în care obiectul său îl constituie modificarea regimului juridic al nulității în raporturile dintre părți.

O reflecție interesantă ne permite art. 1402, conform căruia condiția imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri este considerată nescrisă, iar dacă este însăși cauza contractului, atrage nulitatea absolută a acestuia. Deși în esență nu diferă fundamental față de vechea reglementare (art. 1008 C.civ. 1864), legiuitorul pare să ne îndemne să ignorăm din cuprinsul contractului clauza care cuprinde o condiție imposibilă, contrară legii sau bunelor moravuri. Cu toate acestea, dacă aceea condiție are caracter esențial survine nulitatea absolută a contractului. Aparent, înseamnă că avem de a face cu o nulitate absolută parțială, iar interesul ocrotit este unul general, similar cu nulitățile reglementate de art. 11 din cod³¹. Acest text conține și o prevedere expresă în sensul că, prin excepție, atunci când

clauza sancționată de lege ca fiind nescrisă constituie un motiv esențial pentru încheierea contractului, poate atrage desființarea (nulitatea) acestuia, fapt care ne permite să concluzionăm că prin această sancțiune legiuitorul nu consideră clauza pur și simplu inexistentă, ci ea poate în anumite condiții afecta chiar valabilitatea întregului contract.

3. În cea mai mare parte însă, reglementarea clauzelor nescrise vizează protecția unor interese preponderent particulare. Se întâlnesc la protecția unei părți mai slabe în contract precum agentul în contractul de agenție (art. 2094), chiriașul în contractul de locațiune (art. 1825, 1826), clientul în contractul de depozit bancar (art. 2192 al. 3) expeditorul în contractul de transport (art. 1995) întreținutul în contractul de întreținere (art. 2257 al. 5) sau cumpărătorul când invocă garanția pentru evicțiune (art. 1699), la protecția celui aflat sub ocrotire (art. 154), la protecția relațiilor de familie (art. 267 al. 3, 325 al. 3), sau în materie de succesiuni (art. 1009, 1138, 1151) și până la prevederi din regimul general al contractului (denunțarea unilaterală, art. 1277, rezoluțiunea, art. 1551). Sancționarea clauzei ca nescrisă urmărește mai degrabă să asigure un echilibru între părți, să creioneze o limitare a libertății contractuale, considerând, în variate contexte, că există drepturi la care o parte nu poate să renunțe (ex. Art. 19 al. 3³²).

Din această scurtă enumerare a clauzelor considerate de legiuitor ca nescrise rezultă că ele acoperă un câmp larg de situații juridice, ceea ce ar putea genera dificultăți în conturarea unui regim juridic unitar pentru aceste clauze.

În tăcerea legiuitorului, analiza textelor legale și a funcțiilor urmărite prin intermediul sancțiunii "clauză nescrisă" ne determină să reținem următoarele concluzii:

Sancțiunea de a considera o clauză ca fiind nescrisă este una expresă, vizând anumite situații în care sunt încălcate norme imperative, ordinea publică sau bunele moravuri. Ca principiu clauza nescrisă reprezintă o excepție, regula fiind nulitatea (art. 1255 al. 1), fiind astfel exclusă o categorie a „clauzelor nescrise virtuale”. Chiar și în materia contractului de societate, unde, prin excepție, clauza nescrisă este regula și nulitatea excepție, vorbim în realitate tot despre o reglementare expresă a sancțiunii, stabilită însă la nivel de principiu.

În reglementarea anterioară Codului civil clauza nescrisă era privită mai degrabă ca o formă a nulității absolute parțiale, unii autori optând și în prezent pentru o astfel de calificare, cu precizarea că această formă a nulității ar opera de drept³³.

Dacă judecăm însă problema din unghiul interesului protejat, în mai multe situații sancțiunea reprezintă o măsură de protecție a părții mai slabe sau dezavantajate din contract, chiar dacă aplicarea sa există și în domenii în care interesul ocrotit este unul general. Drept consecință, dacă am considera sancțiunea „nescrisă” ca o variantă a nulității, conform regulii de principiu stabilite de noul cod, art. 1248 și 1252,

nulitatea care ar trebui să opereze pentru aceste situații ar fi una relativă și nu una absolută. Ar putea fi imaginat și un regim juridic neunitar al clauzelor nescrise, forma de nulitate să fie apreciată în concret, în funcție de interesul juridic încălcat în cauză, dar scopul urmărit prin instituirea sancțiunii de „nescrisă” pentru o clauză este puțin compatibil cu regimul nulității relative, în special în ceea ce privește prescriptibilitatea și facultatea de confirmare.

Dacă s-ar considera că o clauză nescrisă ar reprezenta o formă de nulitate, aceasta ar trebui de principiu constatată sau pronunțată de către Instanță sau prin acordul părților (art. 1246 al. 3). În funcție de încadrarea sa ca o formă de nulitate relativă sau absolută diferă regimul juridic în ceea ce privește persoana care poate invoca nulitatea sau regimul prescripției.

Însă, atât din formularea textelor, cât și din situațiile pe care le vizează se poate trage concluzia că legiuitorul a urmărit crearea unui regim juridic distinct pentru clauzele nescrise și nu o simplă formă particulară de nulitate parțială. Atât din textul art. 1255, cât și din alte dispoziții legale, precum art. 1932 rezultă o separare netă între clauzele afectate de nulitate și cele considerate de lege ca nescrise. Chiar dacă o clauză nescrisă esențială pentru contract poate uneori să atragă nulitatea absolută a întregului contract (art. 1402), în majoritatea situațiilor contractul păstrează rațiunea de a fi și poate fi executat și cu înlăturarea/ignorarea acestor clauze.

Privind în ansamblu situațiile diverse în care legiuitorul apelează la sancțiunea caracterului nescris al clauzei se poate susține că în fapt s-a urmărit ca părțile și, uneori, terții, să poată utiliza actul juridic fără aceea clauză și fără a fi nevoie să fie parcursă procedura de anulare/constatare a nulității, judiciară sau amiabilă. Nu credem că soluția propusă de unii autori, a nulității de drept³⁴ ar fi una corectă, deoarece o nulitate care nu ar trebui nici constatată/pronunțată de către instanță și nici declarată amiabil de către părți ar fi în contradicție cu textul art. 1246 al. 3, coroborat cu al. 4, care nu lasă loc pentru o a treia soluție.

Spre exemplu pare ca legiuitorul să fi dorit ca persoana interesată să poată invoca în favoarea sa dispozițiile legale privitoare la reprezentarea persoanei juridice, peste prevederile statutare contrare dispozițiilor legale imperative, chiar dacă acestea au fost publicate. În măsura în care ele ar fi declarate nule, în urma unei proceduri judiciare, ar fi lipsită de efecte, în principiu automat, și publicitatea realizată prin publicare. Astfel apreciem că în realitate o clauză considerată de lege nescrisă, spre deosebire de o clauză nulă sau anulabilă, nu s-ar bucura de prezumția de valabilitate până la pronunțarea instanței sau declararea amiabilă.

Pare mai apropiat de scopul urmărit de legiuitor crearea unui regim juridic distinct, mai suplu, pentru situația clauzelor nescrise. Nulitatea este de principiu una judiciară sau care poate opera prin voința comună a părților. Regimul clauzelor

nescrise ar putea fi creionat fără intervenția obligatorie a instanței, o astfel de clauză fiind lipsită de efecte *a priori*, chiar și fără o hotărâre judecătorească în acest sens.

Cu toate acestea o clauză nescrisă nu reprezintă o clauză inexistentă pur și simplu sau care poate fi total ignorată, deoarece poate atrage nulitatea întregului contract atunci când este esențială (ex. art. 1402 C.civ.). De altfel în tradiția dreptului român actul/clauza inexistentă au fost privite întotdeauna cu mare rezervă, utilitatea unei astfel de construcții juridice fiind cel mai adesea contestată³⁵. Unul din argumentele centrale pentru repudierea noțiunii de act inexistent a fost tocmai faptul că ar fi în contradicție cu concepția modernă despre nulitate, în care primează salvarea efectelor manifestării de voință, în măsura în care acestea nu contravin normelor imperative. Iar clauza nescrisă, ca principiu, afectează doar parțial efectele actului așa cum le-au dorit părțile, astfel încât ar apărea o contradicție între funcțiile acesteia și conceptul de act inexistent.

Ar mai putea fi adăugat faptul că la nivel de principiu actul inexistent a fost asociat cu lipsa vădită a unor elemente structurale raportat la care nici nu s-ar putea presupune că actul există, spre deosebire de actul nul, care formal, aparent îndeplinește condițiile esențiale de existență, însă încalcă norme de drept de o manieră care îi afectează valabilitatea³⁶. Și clauzele, reputele de lege ca nescrise, cuprind elementele structurale ale unei clauze contractuale, izvorăsc în principiu dintr-un acord de voințe printr-un consimțământ valabil exprimat, doar că datorită conținutului lor legea le consideră ineficace.

Nici noul Cod civil nu consacră noțiunea de act/clauză inexistentă și nici nu consacră, nici măcar indirect, un regim juridic distinct față de nulitate pentru eventuale situații de acest fel. Drept urmare asocierea clauzei nescrise cu noțiunea de clauză inexistentă, dincolo de faptul că în opinia noastră nu ar fi riguros corectă juridic, nu ar oferi un regim juridic predictibil și nici măcar tradiții care să poată fi utilizate ca reper. De aceea opinăm că regimul juridic al clauzelor reputele ca nescrise nu trebuie asociat nici cu o nulitate de drept, contrară în opinia noastră textelor noului Cod civil, și nici unei clauze inexistente, contrară fundamentelor și tradițiilor dreptului nostru. Va reveni doctrinei și practicii judiciare viitoare sarcina de a creiona reperele acestui regim juridic distinct, ca o eventuală clauză de ineficacitate parțială distinctă.

În încercarea de a oferi câteva sugestii în acest sens am încercat să selectăm câteva probleme cu rezonanță practică în legătură cu regimul juridic al clauzelor reputele ca nescrise.

Vor apărea situații în care părțile sau terți interesați să fie în divergență cu privire la o anumită clauză, în ce măsură aceasta poate fi considerată sau nu ca

fiind nescrisă. Și atunci, în lipsa unei reglementări exprese, se ridică întrebarea, dacă acceptăm că nu operează prezumția de valabilitate în cazul clauzelor nescrise, cât de largă este sfera autorităților sau eventual a persoanelor interesate care pot hotărî inaplicabilitatea clauzei și înlocuirea acesteia de drept cu dispozițiile legale incidente.

Poate spre exemplu registratorul de Carte funciară sau directorul Oficiului Registrului Comerțului să aprecieze că este clauza nescrisă și să o înlocuiască *de drept* cu dispozițiile legale incidente? Sau ar putea o persoană desemnată să conducă Adunarea generală a unei persoane juridice să aprecieze ca nescrisă o prevedere Statutară și să ignore aplicarea ei?

Cu siguranță orice răspuns s-ar formula ar fi susceptibil de critici. În opinia noastră interpretarea textelor de lege ar trebui făcută în sensul că ar trebui permis și altor autorități sau persoane să se prevaleze direct de caracterul nescris al clauzei. Astfel în situația unei condiții rezolutorii imposibile sau vădit contrară legii sau bunelor moravuri ar putea registratorul de Carte Funciară să refuze înscrierea dreptului în Cartea funciară sub o astfel de condiție (conform art. 882 C.civ.), partea interesată fiind îndreptățită să conteste încheierea cu o plângere³⁷.

Sau în situația unui act constitutiv înregistrat care limitează puterile conferite de lege organului de reprezentare sau conferă altei persoane atribuții de reprezentare permanentă contrar dispozițiilor legale, dacă consecutiv, în îndeplinirea acestor atribuții în baza actului constitutiv înregistrat se ia o decizie de modificare a unui element esențial al persoanei juridice – ex. sediu ar trebui permis directorului registrului comerțului sau judecătorul cu atribuții privitor la asociații și fundații să considere din oficiu clauza din actul constitutiv nescrisă, în baza art. 218 al. 3 C.civ. și să respingă cererea. Sau ar putea notarul să refuze încheierea și registratorul de Carte Funciară să refuze notarea unui antecontract încheiat de un reprezentant al persoanei juridice numit cu încălcarea art. 218 al. 3, pentru că este o clauză nescrisă aceea care a conferit o astfel de atribuție.

Un astfel de regim juridic ar fi, în opinia noastră, mai apropiat de scopul ce poate fi dedus din denumirea de „nescrisă”, acela de a înlătura efectele lor încă înainte de executare și ar permite blocarea introducerii în circuitul civil a unor acte sau producerii unor efecte susceptibile ulterior de desființare.

Și autorii care susțin că regimul juridic al clauzelor repurtate ca nescrise este cel al unor nulități de plin drept³⁸ înclină să aprecieze, poate cu nuanțe diferite, că un regim juridic precum cel descris mai sus ar fi potrivit clauzelor nescrise. Prin urmare diferența de opinie nu vizează regimul juridic al acestor clauze, ca principiu, ci, mai degrabă, construcția juridică care le definește. Opțiunea subsemnatului pentru catalogarea clauzelor repurtate ca nescrise ca o formă distinctă de ineficacitate

parțială a actului juridic, vizează și evitarea oricăror confuzii ce ar putea fi generate de asocierea cu regimul nulității.

Pentru că, și în opinia noastră, invocarea caracterului nescris al unei clauze ar trebui să fie imprescriptibil și la îndemâna oricărei părți interesate. În măsura în care însă s-ar trata sancțiunea ca o formă de nulitate, fie ea și de drept, iar interesul ocrotit ar fi unul particular, ar fi vorba, în opinia autorului de o nulitate relativă de drept, susceptibilă de confirmare³⁹. Numai că apreciem ca dificil de convins în practică, în cazul unui litigiu, că deși nulitatea este relativă, și susceptibilă de confirmare⁴⁰, totuși nu îi sunt aplicabile dispozițiile art. 1249 al. 2 în materie de prescripție sau art. 1248 în materia invocării nulității, deși legea nu distinge.

Mai mult, dacă acceptăm ideea unei clauze nescrise susceptibile de confirmare, apreciem ca insurmontabil practic ca o autoritate sau un terț să considere că nu produce efecte clauza ci dispozițiile legale imperative, pentru că ar plana riscul ca aceea clauză să fie eventual confirmată de partea îndreptățită. În plus ar putea uneori fi susținute opinii diferite cu privire la natura interesului ocrotit la o clauză concretă, astfel încât consecința practică să fie ca autoritățile să evite a mai lua în considerare caracterul nescris al clauzei, cu argumentul că mai întâi o instanță trebuie să analizeze dacă aceea clauză este sau nu susceptibilă de confirmare.

Sigur, așa cum am arătat, în tăcerea legii poate fi construit și un sistem neunitar al clauzelor nescrise, în funcție de interesul ocrotit și de situația reglementată, însă apreciem că într-o astfel de situație sancțiunea de clauză reputată ca nescrisă va ajunge să își piardă autonomia, să fie atașată unei forme particulare de nulitate parțială, pierzându-se șansa conturării unui regim juridic distinct.

3. Alături de clauzele reputate de lege ca nescrise legiuitorul a mai prevăzut, pentru o altă categorie de clauze, o sancțiune aparent distinctă, aceea că nu produc efecte, decât în anumite condiții speciale.

La art. 993, în materie de liberalități, se prevede că dispoziția prin care o persoană, denumită instituit, este însărcinată să administreze bunul sau bunurile care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui terț, denumit substituit, desemnat de dispunător, nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege. În materie de reprezentare art. 1.301 prevede că împuternicirea nu produce efecte decât dacă este dată cu respectarea formelor cerute de lege pentru încheierea valabilă a contractului pe care reprezentantul urmează să îl încheie. În ambele situații lipsirea de efecte este justificată de un interes preponderent general, prohibirea substituțiilor fideicomisare, respectiv respectarea principiului simetriei formelor în materie de reprezentare la încheierea unui act juridic.

În schimb, în cazul clauzelor standard propuse de către una dintre părți, precum cele care prevăd în folosul celui care le propune limitarea răspunderii, dreptul de a denunța unilateral contractul, de a suspenda executarea obligațiilor sau care prevăd în detrimentul celeilalte părți decăderea din drepturi ori din beneficiul termenului, limitarea dreptului de a opune excepții, restrângerea libertății de a contracta cu alte persoane, reînnoirea tacită a contractului, legea aplicabilă, clauze compromisorii sau prin care se derogă de la normele privitoare la competența instanțelor judecătorești cu privire la care art. 1203 C.civ. prevede că nu produc efecte decât dacă sunt acceptate, în mod expres, în scris, de cealaltă parte, avem de a face cu ocrotirea unui interes preponderent particular, al celeilalte părți.

Ca un aspect practic se poate ridica problema dacă acceptarea scrisă expresă a celeilalte părți trebuie exprimată punctual, printr-o semnătură distinctă la fiecare clauză sau este suficient să fie însoțită printr-o semnătură la finalul contractului. Apreciem această din urmă variantă fiind corectă, clauzele de acest fel urmând a fi lipsite de efecte în ipoteza în care nu sunt cuprinse direct în înscrisul constatator al acordului de voințe ci în condițiile generale ale părții care le-a propus, sau alte documente anexă, la care face indirect referire înscrisul constatator.

Nu putem să nu ne întrebăm în ce măsură era nevoie în noua reglementare de o formulare care creează aparența unei alte sancțiuni, aceea de "clauză care nu produce efecte". Situațiile vizate sunt unele particulare, fără legătură între ele. Dacă nerespectarea simetriei formelor lipsește practic de orice efect împuternicirea, liberalitatea de principiu produce efecte fără clauza respectivă, iar neacceptarea expresă a clauzelor standard duce la înlocuirea lor cu dispozițiile legale aplicabile. Și atunci ne aflăm în prezența unor clauze nescrise, a unor forme particulare de nulitate sau a unei sancțiuni distincte?

În cazul împuternicirii s-ar putea spune că lipsirea de efecte vizează mandatul în întregul său și nu doar o clauză, însă art. 1246 al. 4 C.civ. prevede expres faptul că și o convenție în ansamblul său poate fi considerată ca nescrisă. Se mai poate observa și faptul că în privința clauzelor standard, în măsura în care acestea ar fi acceptate expres ele produc efecte încă de la încheierea contractului, spre deosebire de clauzele nescrise, care sunt înlocuite de drept cu dispozițiile legale incidente⁴¹.

Din analiza acestor texte de lege nu putem identifica premisele unui regim juridic particular în cazul acestor situații. Prin urmare apreciem că în realitate în aceste situații "lipsirea de efecte" este rezultatul unei nulități, diferită la fiecare dintre situații. O nulitate absolută și parțială în cazul art. 993 C.civ., o nulitate absolută totală în cazul art. 1301 și o nulitate relativă parțială în situația prevăzută de art. 1203 C.civ..

4. Domeniul de aplicare al excepției de nulitate.

Noua reglementare a nulității actelor juridice tratează expres problema excepției de nulitate. Art. 1247 al. 2 C. Civ. aplicabil nulității absolute prevede posibilitatea invocării acesteia atât pe cale de acțiune cât și pe cale de excepție, iar pentru situația în care actul este afectat de o nulitate relativă, art. 1249 al. 2 C.civ. face referire la posibilitatea invocării nulității relative pe cale de excepție. Regimul juridic al excepției de nulitate este mai favorabil pentru cel care o invocă decât invocarea nulității pe cale de acțiune. Cu titlu de exemplu în cazul excepției de nulitate nu trebuie achitată taxa de timbru raportată la valoarea actului a cărui nulitate se cere, iar excepția de nulitate este imprescriptibilă și în cazul nulității relative, nu numai în cazul nulității absolute⁴².

O decizie a Casației franceze pe tema excepției de nulitate⁴³ ne permite o reflecție asupra câmpului de aplicare al excepției de nulitate. Conform acestei decizii excepția de nulitate poate fi utilizată doar atât timp cât contractul nu a fost executat. Situația de fapt analizată în speță, des întâlnită și în viața noastră juridică actuală, vizează un contract de împrumut bancar, executat pe parcursul a câțiva ani, și declarat scadent ca urmare a falimentului împrumutatului, urmat consecutiv de o acțiune în executarea garanțiilor consimțite de asociații societății împrumutate. Pârâții s-au apărat invocând pe cale de excepție nulitatea contractului de împrumut și implicit, a contractului accesoriu de garanție, însă excepția a fost respinsă ca inadmisibilă, deoarece contractul principal de împrumut fusese deja executat.

Ne-am propus să analizăm în ce măsură o astfel de limitare a câmpului de aplicare al excepției de nulitate operează și în sistemul nulităților reglementate de către noul Cod civil. Lectura art. 1249 al. 2, teza finală „*Cu toate acestea, partea căreia i se cere executarea contractului poate opune oricând nulitatea relativă a contractului, chiar și după împlinirea termenului de prescripție a dreptului la acțiunea în anulare.*”, pare să ne îndrume spre aceeași concluzie, cel puțin în cazul nulității relative. Partea interesată poate ridica excepția doar până la momentul executării contractului. Dar în ce măsură într-o situație, precum cea din speța analizată de Casația franceză, dacă s-ar invoca un dol la încheierea contractului de împrumut bancar spre exemplu, s-ar putea ridica excepția de nulitate a contractului principal și a celui de garanție, în cadrul unei cereri care se solicită executarea garanției, dacă prin ipoteză dolul ar fi descoperit ulterior executării împrumutului. În opinia noastră răspunsul este negativ, într-o astfel de situație partea are la îndemână doar calea acțiunii în anulare nu și pe cea a excepției. Dincolo de litera legii, ca principiu în măsura în care un contract aparent valabil a fost și executat integral, executarea obligațiilor întărește aparența de valabilitate a contractului,

chiar dacă executarea nu valorează confirmare a unui act nul relativ decât în măsura în care cauza de nulitate era cunoscută anterior executării. Situația juridică rezultată în urma executării contractului, cunoscută și respectată ca atare și de către terți, nu ar mai trebui să poată fi desființată decât pe calea unei acțiuni, spre deosebire de situația în care contractul nu a fost însă executat, astfel încât efectele sale sunt încă doar potențiale, iar existența contractului adesea necunoscută terților. Chestiunea poate avea importante implicații practice, în special în ipoteza în care dreptul la acțiune în anularea actului ar fi deja prescris.

Există și situații în care nulitatea relativă a unui act poate fi invocată de către un terț de contract. Într-o astfel de situație, conform art. 2529 al. 2 C. Civ., prescripția dreptului la acțiune începe să curgă de principiu doar de la momentul la care terțul a cunoscut despre cauza de nulitate. Și atunci excepția de nulitate nu ar putea fi invocată de către terț, deoarece ar fi vorba de un mijloc de apărare care poate fi utilizat doar atunci când se cere executarea contractului sau ar trebui acceptată o aplicare mai largă a excepției, situație în care terțului i-ar fi aplicabile mai degrabă regulile din materia nulității absolute.

În cazul nulității absolute textul legal nu conține vreo limitare expresă. Ne întrebăm atunci, în astfel de situații părțile sau terții pot invoca oricând nulitatea absolută a unui act pe cale de excepție? Poate partea să invoce nulitatea unui contract pe cale de excepție după executarea lui⁴⁴ sau poate un terț, spre exemplu un chiriaș, al cărui contract ar fi trebuit să înceteze ca urmare a vânzării bunului, să paralizeze o cerere a cumpărătorului proprietar printr-o excepție de nulitate absolută a unui contract de vânzare deja executat și cu formalitățile de publicitate îndeplinite? Dacă am accepta o astfel de posibilitate, pornind de la o interpretare literară a textului de lege, ar însemna că actul, deși nul absolut, păstrează aparența de valabilitate, efectul hotărârii judecătorești rămânând acela de a paraliza acțiunea reclamantului. Se poate aprecia că regimul nulității reglementat de noul Cod civil mai flexibil, care permite și părților să declare nulitatea, a urmărit să ofere, cel puțin în materie de nulitate absolută, o paletă mai largă de opțiuni celor interesați, pe criterii utilitariste? Sau excepția de nulitate rămâne un mecanism aflat doar la îndemâna părții care încă nu a executat în totalitate obligațiile contractuale?

Considerăm că răspunsul corect la problemă poate fi dat printr-o definiție clară a excepției de nulitate, ca apărare de fond. Pornind de la definiția excepției de către art. 1249 al. 2 C.civ., și de la funcțiile excepției, ca apărare de fond apreciem că răspunsul corect este acela că excepția de nulitate, fie ea relativă sau absolută, poate fi invocată cu precădere de către partea din contract care nu și-a executat obligațiile, cu scopul de a paraliza o cerere de executare a obligațiilor. De asemenea ar mai putea fi imaginate ipoteze în care executarea sau eficacitatea

deplină a actului a cărui nulitate se cere să depindă de conduita unor terți, caz în care terțul poate refuza să aibă aceea conduită invocând excepția de nulitate. Explicația ar consta, în opinia noastră, în faptul că atât timp cât partea care trebuie să execute obligațiile sau terțul care trebuie să respecte situația juridică care se naște din acel act refuză să recunoască validitatea acestuia, împiedicând executarea sau eficacitatea lui, el poate paraliza o acțiune vizând executarea sau opozabilitatea actului care încă nu a generat în sistemul juridic efecte definitive.

În schimb, în ipoteza în care actul deși afectat de nulitate, bucurându-se de prezumția de valabilitate a produs aparent efectele în plan juridic, partea îndreptățită păstrează doar dreptul la acțiune privind constatarea nulității/ nularea actului respectiv.

¹ Materialul a fost prezentat la conferința “Noul Cod civil la un an de la aplicare”, organizată la Arad la 16.11.2012 de către Facultatea de Drept a Universității Babeș – Bolyai din Cluj – Napoca în parteneriat cu Judecătoria Arad, Tribunalul Arad și Baroul Arad.

* Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, avocat Baroul Cluj; sdiaconescu@law.ubbcluj.ro.

² Pentru o prezentare a evoluției istorice a teoriilor privitoare la nulitate în dreptul român L. Pop, *Tratat de drept civil, Obligațiile, vol. II, Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pag. 439 – 442.

³ Cr. Zamșa, în *Codul civil, comentariu pe articole*, ediție coordonată de Fl. A. Baias, Ed. C.H. Beck, București 2012, comentariu la art. 1248, pag. 1307.

⁴ Ar. 11 din noul Cod reia într-un limbaj actualizat formularea art. 5 din vechiul Cod civil, “Nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică sau de la bunele moravuri.”, principiu reluat la art. 1169 unde se subliniază faptul că libertatea contractuală este limitată de lege, ordinea publică și bunele moravuri.

⁵ Pentru amănunte Sandrine Sana-Chaille de Nere, *Juris-Classeur, art. 1304-1314*, fasc.10, pct. 10 – 12, pag. 4.

⁶ *Ibidem*, fasc. 30, pct. 2, pag. 3.

⁷ P. Vasilescu, *Drept civil, Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 415.

⁸ Pentru detalii, L. Pop, *op. cit.*, pag. 375 – 377.

⁹ *Ibidem*, pag. 377.

¹⁰ Pentru detalii privitoare la aspectele legate de profesia de avocat, C.L. Popescu *Legalitatea, continuitatea și unicitatea ordinului profesional al avocaților din România*, apărut sub egida UNBR, ed. Lumina Lex, București, 2006.

¹¹ Sandrine Sana-Chaille de Nere, *op. cit.*, fasc. 30, pct. 1, pag. 3.

¹² Adesea pentru a sublinia caracterul absolut al nulității legiuitorului folosește termenul de nulitate de drept, formulare care însă poate crea confuzii, creînd impresia unei nulități automate, nu judiciare.

¹³ G. Boroi în *Instituții de drept civil în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 204; Cr. Zamșa, *op. cit.*, pag. 1312, comentariu la art. 1252.

¹⁴ P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 428.

¹⁵ Pentru dezvoltări, L. Pop, *op. cit.*, pag. 383 – 385.

¹⁶ *Ibidem*, pag. 384.

- ¹⁷ Pentru regresul jurisprudențial în Franța în materia nulității pentru cauză imorală Ph. Simler, *Juris-Classeur*, art. 1131-1133, fasc. 30, pct. 19, pag. 7.
- ¹⁸ Sandrine Sana-Chaille de Nere, *op. cit.*, fasc. 30, actualizarea nr. 1/2011, speța 3.
- ¹⁹ În acest sens P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 425.
- ²⁰ G. Boroi *op. cit.*, pag. 204; C. T. Ungureanu, *Dreptul civil. Parte Generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 224.
- ²¹ Legea 193/2000, republicată la 12.08.2012, transpunerea în dreptul intern a Directivei CE nr. 93/13/CEE, art. 6 – clauza nu va produce efecte asupra consumatorului; totuși dacă fără aceste clauze contractul nu poate produce efecte consumatorul poate cere rezilierea contractului.
- ²² I.-F. Popa, *Reprimarea clauzelor abuzive*, în *Pandectele Române*, nr. 2/2004, pag. 213 - 216 și, de asemenea, în L. Pop, I.F. Popa, I.S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pag. 169.
- ²³ J. Goicovici, *Dreptul consumului*, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2007, pag. 79 – 80.
- ²⁴ Sandrine Sana-Chaille de Nere, *Juris-Classeur*, art. 1304-1314, fasc.30, pct. 87.
- ²⁵ *Ibidem*, fasc. 30, pct. 39, pag. 10.
- ²⁶ P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 419.
- ²⁷ G. Boroi, *op. cit.*, pag. 201.
- ²⁸ Cr. Zamșa, *op. cit.*, pag. 1306, comentariu la art. 1246.
- ²⁹ *Ibidem*, pag. 1315, comentariu la art. 1255.
- ³⁰ Cum ar fi de exemplu Registrul privitor la asociații și fundații sau Registrul Comerțului.
- ³¹ Nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică sau bunele moravuri.
- ³² Orice renunțare sau restrângere a dreptului de a îndeplini o formalitate de publicitate, precum și orice clauză penală sau altă sancțiune stipulată pentru a împiedica exercitarea acestui drept sunt considerate nescrise.
- ³³ G. Boroi, *op. cit.*, pag. 201.
- ³⁴ Într-un articol, apărut ulterior susținerii prezentului material în cadrul conferinței, M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina Noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în *Dreptul*, nr. 11/2011, pag. 11-39, autorul susține o teorie a nulităților de drept cărora nu le-ar fi aplicabile regulile procedurale ale nulității, fundamentat, în principal, pe opinia autorului referitoare la concepția de principiu despre nulitate în dreptul nostru ar fi depășită, retrogradă și categoric repudiată de reglementarea noului Cod civil- a se vedea în detaliu nota nr. 18. Pe de o parte, în măsura în care se încadrează și nulitățile de plin drept la categoria nulităților, cu formele sale, relativă respectiv absolută, apreciem că ar fi foarte dificil ca în practică o parte să susțină că sancțiunea este o nulitate, dar cu toate acestea nu îi sunt aplicabile regulile de la art. 1246 C.civ., aspect asupra căruia vom reveni într-un alt context. Pe de altă parte nu putem împărtăși opinia autorului în sensul că legiuitorul a înțeles, chiar și anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, să reglementeze expres nulitățile de drept, datorită utilizării sporadice, în câteva reglementări, a termenului sunt nule de drept clauzele..., cum ar fi în materia dobândii legale sau a clauzelor abuzive în raporturile cu consumatorii. Experiența coerenței legiuitorului român în ceea ce privește utilizarea termenilor ne arată, din păcate, faptul că acesta nu excelează prin rigurozitate, astfel încât a trage o concluzie generală dintr-un exemplu marginal poate fi hazardat. Astfel art. 6 din Legea 193/2000, republicată la 12.08.2012, transpunerea în dreptul intern a Directivei CE nr. 93/13/CEE, prevede – clauza nu va produce efecte asupra consumatorului; totuși dacă fără aceste clauze contractul nu poate produce efecte consumatorul poate cere rezilierea contractului, și, cu toate acestea, nu credem că se poate concluziona că legiuitorul a înțeles să pună egalitate între nulitate și reziliere, sau că rezilierea ar fi și altceva decât neexecutarea culpabilă a obligațiilor de către una dintre părți. Iar reglementarea în materia protecției

consumatorului, rezultat al transunerii unei directive, nu a fost considerată ca reper pentru fundamentele nulității nici, în alte sisteme de drept, precum cel francez, deoarece o directivă este adesea un compromis între variate sisteme de drept. În fine argumentul nu ne convinge deoarece nu am întâlnit o practică judiciară structurată care, pornind de la aceste dispoziții legale, să fi structurat un regim juridic al nulităților de drept, distinct de cel al nulității, motivarea limitându-se adesea la “clauza fiind abuzivă sau nulă de drept conform legii, aceasta nu produce efecte”. Nici în noul Cod civil nu se regăsește o reglementare expresă a nulității de drept, distinctă de nulitatea pronunțată de către instanță sau rezultată din acordul părților, cu un regim juridic expres definit.

³⁵ Pentru analize asupra teoriei actelor inexistente, în diferite momente de evoluție a dreptului românesc, D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, pag. 300-302; L. Pop, *op. cit.*, pag. 438-439; P. Vasilescu, *op. cit.*, pag. 418-419.

³⁶ Pentru o dezvoltare în acest sens, M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 29-30.

³⁷ Art. 31 și urm. din Legea nr. 7/1996.

³⁸ În detaliu M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32-33, și nota 19, detaliu pag. 20.

³⁹ *Ibidem*, pag. 32.

⁴⁰ Pentru opinia conform căreia o clauză reputată ca nescrisă nu poate fi niciodată confirmată, C.T. Ungureanu, *Drept civil. Partea Generală. Persoanele*, ed. Hamangiu, București, 2012, pag. 246-247.

⁴¹ Pentru opinia, pe care nu o împărtășim, în sensul că și clauzele nescrise pot fi confirmate în măsura în care ocrotesc un interes privat, M. Nicolae, *op. cit.*, pag. 32 – 33.

⁴² Regula comportă unele excepții, cum ar fi art. 1223 al. 2 C.civ., care prevede prescriptibilitatea excepției de nulitate în cazul leziunii.

⁴³ *Cass., 1e civ., 3 juillet 2001* L'exception de nullité ne peut jouer que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté. Dans le cas contraire, l'exception de nullité est irrecevable. Sur le moyen unique pris en ses deux branches Attendu que par acte du 10 octobre 1988 la Société générale a consenti à la SCI Investir 44 un prêt, garanti par les cautionnements solidaires des époux Leray, Guillet et de MM. Debray et Roy ; que la liquidation judiciaire de la SCI ayant été prononcée le 5 octobre 1994, la banque a assigné en octobre 1995 et janvier 1996 les cautions ; que ces dernières ont fait valoir la nullité de leur engagement en raison du non respect des dispositions de l'article L. 312-10 du Code de la consommation ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Rennes, 24 juin 1999) a condamné les cautions au paiement des sommes restant dues ; Attendu que l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ; que la cour d'appel ayant constaté que le contrat de prêt avait été exécuté, l'exception de nullité n'était plus recevable ; que par ce motif de pur droit substitué à celui critiqué par le moyen, comme suggéré par le mémoire en défense, l'arrêt se trouve légalement justifié ; PAR CES MOTIFS REJETTE le pourvoi.

⁴⁴ Într-o situație complexă precum cea analizată de către casația franceză.

ARTICOLE

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA STABILIREA LOCUINȚEI COPILULUI

Emese FLORIAN*

Résumé : *Considérations sur l'établissement de l'habitation de l'enfant.* À la fois avant et après l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, l'habitation de l'enfant, né dans le mariage ou hors mariage, était et est, en principe, à ses parents. Aucune distinction fondée sur le statut matrimonial ne sera faite. En dépit de tout ce fonds commun, le code ne manque pas d'innovations dans l'établissement de l'habitation de l'enfant, comme une des prérogatives de l'autorité parentale exercée, selon les règles récentes, de manière partagée par les deux parents, mariés, célibataires ou divorcés.

Les notions « exercice de l'autorité parentale » et « établissement de l'habitation de l'enfant » sont interdépendantes et non superposables. De cette perspective, nous souhaitons examiner les paramètres normatifs l'habitation de l'enfant est établie.

Après un regard comparatif brève sur les dispositions concernant l'établissement de l'habitation de l'enfant contenues jusqu'à récemment dans le Code de la famille et la nouvelle vision du législateur exprimée dans le Code civil (I), nous présentons les implications du principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale sur l'établissement de l'habitation de l'enfant (II), en mettant l'accent sur la situation des parents divorcés ou non mariés (III), la possibilité d'établir un autre logement alternante pour l'enfant (IV) et, enfin, les conséquences de la "coparentalité" sur le changement de l'habitation du parent avec lequel habite l'enfant (V).

Contrairement à la mesure d'octroi de l'enfant en vue d'éducation et de formation en cas de divorce – et, par analogie, en cas d'établissement de la filiation hors mariage – présente dans la réglementation antérieure, la règle de l'exercice en commun de l'autorité parentale ne résout pas le problème de l'habitation de l'enfant. Le fait que maintenant les parents divorcés continueront d'exercer conjointement l'autorité parentale, signifie en ce qui nous intéresse ici le fait qu'ils décideront de commun accord sur l'habitation de l'enfant dans l'avenir. Mais la règle invoquée ne désigne de soi-même en concret le parent ou le tiers avec lequel l'enfant vivra.

À notre avis, sous l'ancienne réglementation, le « duel » entre les parents en train de divorce ou divorcés ayant comme mise l'octroi de l'enfant s'est déplacée sur le terrain de la désignation de ce parent auquel se localisera l'habitation de l'enfant. C'est implicitement le terrain du parent « continu », qui sera présent, effectivement et affectivement dans la vie quotidienne de l'enfant et qui, par la force des circonstances, disposera de ressources supplémentaires d'influence sur ceci. C'est précisément à cet égard, de l'établissement de l'habitation de l'enfant dans un climat de « crise » qui a repris les relations entre les parents se glissa certaines incohérences ou inconséquences des prescriptions légales.

Mots clés: *habitation de l'enfant, autorité parentale, exercice commun de l'autorité parentale*

Cuvinte cheie: *locuința copilului, autoritate părintească, exercitarea comună a autorității părintești*

I. Reglementarea locuinței copilului – între tradiție și inovație

Din rațiuni evidente, copilul nu deține puterea de a-și stabili propria locuință. „Copilul minor locuiește la părinții săi. Dacă părinții nu locuiesc împreună, aceștia vor decide, de comun acord, la care dintre ei va locui copilul. În caz de neînțelegere între părinți, instanța judecătorească ascultând autoritatea tutelară, precum și pe copil, dacă acesta a împlinit 10 ani, va decide, ținând seama de interesele copilului” – stabilea art. 100 C.fam. Aceste reguli, naturale – de aceea, firești – au fost și au rămas coordonate generale în materie de stabilire a locuinței copilului, reluate fiind de art. 496 alin. (1)-(3) din Codul civil de la 2009 (în continuare NCC)¹ cu abateri care țin doar de frazare. Cu alte cuvinte, atât înainte, cât și după intrarea în vigoare a noului Cod civil, locuința copilului, din căsătorie sau din afara căsătoriei era și este, în principiu, la părinții săi, fără vreo distincție în funcție de statutul marital al acestora; dacă părinții nu locuiau sau nu locuiesc împreună, decizia privind locuința copilului aparține acestora și doar în subsidiar, în caz de neînțelegere, era și este nevoie de intervenția instanței.

Cu tot acest fond comun, nu lipsesc inovațiile în materie de stabilire a locuinței copilului.

Dreptul părinților de a stabili locuința copilului este una din prerogativele autorității părintești – definită de NCC ca ansamblu de drepturi și de îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți [art. 483 alin. (1)], conceptul de „autoritate părintească” având practic având aceeași acoperire ca și „ocrotirea părintească” din reglementarea anterioară.

Ca precizare de ordin terminologic, trebuie spus că în legislația noastră există două sintagme care numesc, generic, drepturile și îndatoririle părintești, alături de „autoritatea părintească”, legea specială, 272/2004, operează cu noțiunea de „responsabilitate părintească” [art. 5 alin. (2), potrivit căruia „răspunderea pentru creșterea și asigurarea dezvoltării copilului revine în primul rând părinților, aceștia având obligația de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini obligațiile față de copil ținând seama cu prioritate de interesul superior al acestuia”, art 31 alin. (1), conform căruia „ambii părinți sunt responsabili pentru creșterea copilului lor”]. Explicația este aceea că, în efortul de a alinia legislația națională celor europene, ținând seama și obligațiile asumate de Statul Român prin convenții internaționale,

la elaborarea textelor de lege au fost avute în vedere, rapsodic, când unele, când altele dintre modelele normative, preluându-se tot astfel și terminologia specifică: „autoritatea părintească” din NCC are corespondent în „*autorité parentale*” din codul civil francez (art. 371-1), quebechez (art. 600), elvețian (art. 133);² „responsabilitatea părintească”, adică „*parental responsibility*” apare, bunăoară, în Convenția ONU cu privire la drepturile copilului³ (art.5, art.18), în Regulamentul Bruxelles II, pct. 7 și 8.⁴

De asemenea, uneori, în diferite documente sau discursuri, întâlnim expresia „custodia copilului” căreia i se atribuie, în mod eronat, un conținut sinonim cu acela al autorității/responsabilității părintești; noțiunea de „custodie” este prezentă în legislația Provinciei Quebec, dar desemnează ceea ce poate fi echivalat cu „încredințarea copilului” din reglementarea noastră anterioară, așadar o modalitate de exercitare a autorității părintești, dar care nu mai are corespondent în noua legislație românească.

Schimbarea viziunii normative asupra drepturilor și îndatoririlor părintești – desemnate generic „autoritate părintească” – s-a petrecut în relația dintre calitatea de titular al acestor drepturi și îndatoriri, pe de o parte, și exercițiul drepturilor, respectiv îndeplinirea îndatoririlor părintești. La fel ca în reglementarea anterioară, ambii părinți – din căsătorie, din afara căsătoriei, divorțați sau despărțiți – sunt titularii drepturilor și îndatoririlor părintești, însă cât privește exercițiul acestor drepturi și îndatoriri – implicit a dreptului de a stabili locuința copilului – Codul civil promovează o filozofie esențial diferită de cea a C.fam.: ca regulă, autoritatea părintească se exercită în comun de către părinți, oricare ar fi statutul lor conjugal. Sub regia C.fam., în cazul divorțului, hotărârea instanței conținea în mod obligatoriu o statuare cu privire la încredințarea copiilor, în principiu la unul dintre părinți, prin excepție la o terță persoană (art. 42), în acest fel stabilindu-se în mod implicit și locuința minorului, de regulă la unul dintre părinți; actul instanței avea drept consecință, sub aspectul exercitării autorității părintești „scindarea ocrotirii” copilului, în sensul că drepturile și îndatoririle părintești urmau a fi exercitate inegal de către cei doi părinți: părintele căruia i s-a încredințat copilul avea plenitudinea exercițiului drepturilor părintești iar celălalt, păstra dreptul de a avea legături personale cu acesta, de a veghea la creșterea, educarea, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, de a consimți la adopția copilului și, de asemenea, obligația de a contribui la întreținerea acestuia. Acest algoritm era aplicat și în cazul exercitării drepturilor părintești privind copilul din afara căsătoriei având filiația legal stabilită față de ambii părinți (art. 65 C.fam.). Cu alte cuvinte, deși ambii părinți erau titulari de drepturi și îndatoriri, în cazul divorțului și, prin analogie, în cazul copilului din afara căsătoriei, doar unul dintre titulari păstra plenitudinea exercițiului ocrotirii părintești – de regulă, mama – ceea ce, în relația dintre părinți referitoare la drepturile și îndatoririle privind copilul era, sau putea fi percepută ca ierarhizare a funcțiilor, în sensul că acela dintre părinți căruia i-a fost încredințat minorul deținea, *de facto*, un rol dominant în tot

ceea ce interesa creșterea și educarea copilului, iar celălalt se găsea constrâns la un rol secundar, de observator al evoluției copilului.

Sub egida noilor dispoziții, regula este aceea că titularii autorității părintești exercită împreună drepturile și îndeplinesc tot astfel îndatoririle ce le revin, oricare ar fi evoluția relațiilor dintre ei (art. 397 NCC referitor la părinții divorțați, art. 505 NCC pentru situația copilului din afara căsătoriei).⁵ În esență, s-a eliminat decalajul dintre calitatea de titular de drepturi și îndatoriri părintești, pe de o parte și puterea de a exercita/îndeplini drepturile, respectiv îndatoririle părintești, pe de altă parte. Raportul dintre a deține autoritatea părintească și a exercita autoritatea părintească este asemănătoare aceleia dintre capacitatea de folosință și capacitatea de exercițiu, iar inovația NCC este că generalizează „capacitatea de exercițiu” a autorității părintești.

Propriu-zis, exercitarea comună a autorității părintești este o idee inovatoare raportat la legislația noastră; cu statut de principiu ordonând relația dintre părinți și copii, „coparentalitatea” este promovată în majoritatea statelor europene⁶ și, de asemenea, este cuprinsă în Recomandările Comisiei Europene privind Legislația Familiei, expuse în documentul „Principiile legislației europene privind autoritatea părintească”, principiul descris la pct. 3.10, „efectul divorțului sau separării”, respectiv la pct. 3.11, „exercițiul comun”.⁷

II. Exercițarea în comun a autorității părintești și locuința copilului - corelații

Demarcația între noțiunile de „exercitare a autorității părintești”, respectiv de „locuință a copilului”, pendulează între vag și subtil. Fără îndoială, există o relație de dependență între cele două, însă noțiunile nu sunt superpozabile. Exercițiul conjunct al autorității nu implică în mod necesar ca părinții și copilul să împartă același spațiu locativ. Faptul că minorul locuiește împreună cu unul dintre părinți este semn că acest părinte deține exercițiul autorității părintești, dar nu exclude formula colegială de exercitare a drepturilor și îndatoririlor părintești.

Câtă vreme părinții, căsătoriți sau nu, conviețuiesc și locuiesc împreună cu copilul, exercițiul comun al autorității părintești este lesne de înțeles și de acceptat. În schimb, faptul că părinții exercită în comun autoritatea părintească chiar dacă numai unul dintre ei locuiește împreună cu copilul („părinte rezident”, într-o terminologie de import) este mai dificil de imaginat.

Care este înțelesul principiului exercitării în comun a autorității părintești? Având același portofoliu de drepturi și îndatoriri, părinții exercită în comun prerogativele autorității părintești în sensul că orice decizie asupra a ceea ce urmează a se exercita va fi luată conjunct, prin acordul lor și cu implicarea copilului, care va fi asociat în orice alegere care îl vizează sau îl afectează, ținându-se seama de vârsta și de gradul său

de maturitate [art. 483 alin. (2) NCC] – aceasta spre deosebire de exercițiul, de regulă concurent, al drepturilor și îndatoririlor, de asemenea identice în conținut, din sfera relațiile personale și patrimoniale dintre soți, aflate sub semnul independenței soților (art. 310, 317 NCC).

În viața de zi ci zi, aplicarea strictă a principiului direcției colegiale a autorității părintești, fie că vorbim despre părinți căsătoriți, uniți consensual, divorțați sau despărțiți, ar îngreuna considerabil exercițiul prerogativelor parentale, ar genera exasperare în relația dintre părinți și nesiguranță în raporturile cu terții. Preîntâmpinând asemenea neajunsuri, legea stabilește că „față de terții de bună credință, oricare dintre părinți, care îndeplinește singur un act curent pentru exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești, este prezumat că are și consimțământul celuilalt părinte” [art. 503 alin. (2) NCC]. *Per a contrario*, este necesar consimțământul expres al ambilor părinți în cazul actelor ce nu au caracter curent. Exercițiul comun al autorității părintești fundamentează prezumția de mandat tacit reciproc între părinți în privința actelor curente în exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești.

Legiuitorul nu oferă nicio indicație cu privire la înțelesul noțiunii de „act curent”, și nici a sancțiunii la care s-ar expune părintele îndeplinind singur un act ce excede acestei categorii.

Cât privește „actele curente” – privitoare la persoana sau la bunurile copilului, întrucât legea nu distinge⁸ - departajarea lor de celelalte, neuzuale, care fac necesar consimțământul ambilor părinți, ne găsim în prezența unei categorii cadru, a cărei delimitare *in abstracto* invită, în caz de litigiu, la aplicarea suplimentară a filtrului aprecierii *in concreto* a relevanței unui anume act, în funcție de circumstanțele particulare în care se găsește copilul și părinții săi.⁹

În condiții ideale, existând comunicare între părinți, aceștia se consultă și decid împreună fără a se preocupa de calificarea actului; oricum, faptul că, în cazul actelor obișnuite realizate de unul dintre părinți, cotitular al exercițiului autorității, față de terții de bună-credință, existența consimțământului ambilor părinți se prezumă, nu împiedică și nici nu face inutilă exprimarea punctului de vedere al fiecăruia dintre părinți.

Eventualul dezacord între părinți – fie vorba de acte uzuale sau neuzuale – poate fi adus în atenția instanței de tutelă care, ascultând părinții, ascultând obligatoriu și copilul care a împlinit 10 ani, luând în considerare și concluziile raportului de anchetă psihosocială, va decide potrivit interesului superior al copilului. „Rețeta” funcționează numai în cazul dezacordului ivit prealabil realizării unui act anume, când este limpede, amândoi părinții sunt la curent cu privire la respectivul proiect.

Ne întrebăm care sunt consecințele îndeplinirii unui anume act ce excede categoriei actelor comune de către un singur părinte, fără consultarea sau chiar în ciuda împotrivirii celuilalt. De astă dată neînțelegerile dintre părinți ivindu-se după

ce actul cu pricina fusese realizat, recursul la „arbitrajul” instanței de tutelă nu-și mai are rostul. Suntem de părere că exercițiul abuziv, *de facto* precumpănit unilateral, al drepturilor și îndatoririlor părintești în raport cu celălalt cotitular al autorității, poate justifica reconfigurarea exercitării autorității părintești, punându-se capăt exercitării în comun a acesteia în favoarea formulei subsidiare în materie, anume exercițiul unilateral al autorității părintești, în baza prevederilor cu caracter general cuprinse în art. 398 și art. 403 NCC; dacă abaterile de la regula codeciziei în tot ceea ce privește copilul, prin frecvența lor sau prin consecințele defavorabile copilului, ating consistența motivelor temeinice, părintele interesat poate solicita instanței de tutelă să i se încredințeze lui exercitarea autorității părintești, iar dacă instanța apreciază că cererea este în consens cu interesul superior al copilului, măsura dispusă constituie, implicit, o sancțiune îndreptată împotriva celuilalt părinte.¹⁰

Decizia privind locuința copilului, oricare ar fi relația dintre părinți, face parte din categoria actelor neuzuale, fie părinții căsătoriți, necăsătoriți, divorțați ori separați. „Copilul minor locuiește la părinții săi” – este regula în materie statornicită prin art. 496 alin. (1) NCC ori de câte ori părinții locuiesc împreună; altminteri, dacă părinții nu conviețuiesc, potrivit detaliierilor legale, aceștia vor stabili de comun acord locuința copilului ori, în caz de neînțelegere între ei, va decide instanța de tutelă luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți, precum și pe copilul care a împlinit vârsta de 10 ani [art. 496 alin. (2) și (3) NCC].

Față de tonul imperativ al frazei normative din alineatul întâi – „copilul minor locuiește la părinții săi” – rămâne deschisă problema dacă, în cazul conviețuirii părinților, soluția locuinței comune cu cea a copilului este singura posibilă sau există și opțiunea, la îndemâna părinților, pentru o locuință a minorului diferită de cea a lor. Credem că interpretarea riguroasă, *ad litteram*, a dispoziției din art. 496 alin. (1) NCC ar fi nerealistă și totodată excesivă în contextul legal general în materie.

Mai întâi, nu poate trece neobservat faptul că, față de prevederile art. 100 C.fam. potrivit cărora, dacă părinții nu locuiesc împreună, ei vor decide de comun acord, „*la care dintre ei va locui copilul*”, sugerând că locuința copilului este fie la părinți, fie la unul dintre ei, pentru aceeași situație de fapt – părinți cu reședințe diferite – noua reglementare prin art. 496 alin. (2) NCC dispune, cu suplețe, că părinții „vor stabili, de comun acord, locuința copilului”, adică, subînțelegem, inclusiv la o terță persoană.¹¹ Or, dacă în cazul părinților care nu au o locuință comună poate fi primită o înțelegere a acestora în sensul rezidenței copilului la o terță persoană – la bunici, la alte rude etc. – nu găsim nicio rațiune în a exclude o atare opțiune în situația părinților care conviețuiesc.

În al doilea rând, eventualitatea unui pact vizând locuința copilului diferită de cea a părinților este evocată explicit în contextul art. 498 NCC potrivit căruia

minorul, dacă a împlinit 14 ani, poate solicita părinților să aibă locuința necesară desăvârșirii învățăturii sau pregătirii sale profesionale; nu avem motive să credem că schimbarea locuinței copilului din rațiuni care interesează educația acestuia se poate realiza numai la inițiativa copilului și abia după ce a împlinit 14 ani.

Suntem de părere că locuința copilului, stabilită prin învoiala părinților, indiferent dacă înțelegerea este în sensul ca minorul să locuiască împreună cu amândoi părinții, cu unul dintre ei sau la o terță persoană, nu presupune „supervizare” judecătorească, întrucât prevederile art. 496 alin. (3) NCC referindu-se la locuința stabilită prin hotărârea instanței de tutelă au în vedere, *expressis verbis*, acele situații în care există neînțelegere între părinți. Pe de altă parte, îndemnând spre aceeași concluzie, dacă în contextul divorțului consensual prin procedură notarială, una din cerințele de admisibilitate a disoluției căsătoriei realizată pe această cale este existența unui acord al soților referitor la locuința copilului [art. 375 alin. (2) NCC],¹² oricare ar fi termenii acordului - iar înțelegerea cu pricina nu este, evident, supusă cenzurii instanței – cu atât mai mult trebuie acceptat că părinții care nu sunt în divorț au căderea de a decide extrajudiciar locuința copilului.

Dreptul (și îndatorirea) părinților de a fixa locuința copilului este opozabil acestuia, precum și terților. Decizia părinților este obligatorie pentru copil, cu mențiunea că, după ce împlinește 14 ani, el poate cere acestora schimbarea locuinței dacă măsura este necesară pentru desăvârșirea învățăturii sau a pregătirii sale profesionale, în caz de dezacord cu părinții minorul putându-se adresa instanței (art. 498 NCC); de asemenea, locuința stabilită de către părinți se impune și terților, în consecință, părinții pot solicita instanței de tutelă înapoierea copilului de la orice persoană îl ține fără drept [art. 495 alin. (1) NCC].

Este de precizat că, în cazul soților, împrejurarea că minorul locuiește împreună cu unul dintre părinți atrage *ope legis* statul de locuință familială a imobilului respectiv și, implicit, regimul juridic protectiv al acestuia (art. 321, 322 NCC). În caz de divorț, cel dintâi criteriu de atribuire a beneficiului contractului de închiriere asupra locuinței familiei și, prin analogia instituită de legiuitor, a imobilului proprietatea comună a celor doi soți,¹³ este acela al interesului superior al copilului [art. 324 alin. (1) și (4) NCC], regulă care, decodificată, înseamnă că părintele divorțat care urmează să locuiască în continuare împreună cu minorul obține – dacă solicită – atribuirea locuinței familiei.

Cert este că părinții stabilesc de comun acord locuința copilului numai dacă fiecare dintre ei deține exercițiul autorității părintești; relația dintre exercițiul comun al autorității părintești și stabilirea locuinței copilului este de la întreg la parte. Faptul că locuința copilului se află la unul dintre părinți, potrivit învoielii acestora sau în temeiul hotărârii instanței, nu impiedică asupra exercițiului comun al autorității părintești, în schimb, decizia privitoare la locuința copilului este luată în comun de

către părinți subînțelegându-se că fiecare dintre ei are exercițiul autorității părintești. Este neîndoielnic, cel puțin în opinia noastră, că dacă la data la care se ivește nevoia unei soluții privind locuința copilului, unul dintre părinți se află sub interdicție judecătorească, decăzut din drepturile părintești sau se găsește, din orice motiv, în neputința de a-și manifesta voința – sunt situații dintre acelea pentru care legea prevede exercitarea autorității părintești de către un singur părinte, art. 507 NCC – instanța nu va putea stabili locuința copilului la părintele care nu are exercițiul drepturilor părintești, chiar dacă, eventual, între părinții copilului ar fi intervenit o înțelegere în acest sens.

Ca orice regulă, exercițiul comun al autorității părintești este consolidată de excepții, când drepturile și îndatoririle părintești sunt exercitate, respectiv îndeplinite în mod inegal de către părinți. Prevederile noii legi civile nu sunt foarte clare în reglementarea situațiilor în care judecătorul divorțului poate dispune, prin derogare de la principiul exercitării în comun a autorității părintești (art. 397), exercitarea acesteia de către un singur părinte: potrivit art. 398, „ (1) Dacă există *motive întemeiate*, având în vedere *interesul superior al copilului*, instanța hotărăște ca autoritatea părintească să fie exercitată numai de către unul dintre părinți. (2) Celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului, precum și dreptul de a consimți la adopția acestuia.” Pe de altă parte, art. 507 NCC enumără acele situații în care exercițiul autorității părintești revine unui singur părinte: „Dacă unul dintre părinți este decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicție, decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau dacă, din orice motiv, se află în neputința de a-și exprima voința, *celălalt părinte exercită singur autoritatea părintească*”. Ambele prevederi invocate, art. 398, respectiv 507 NCC, poartă același titlu marginal: „exercitarea autorității părintești de către un singur părinte”, cu toate că, în mod evident, situațiile juridice descrise și efectele atașate acestora sunt diferite; ceea ce poate decide instanța de divorț este, în opinia noastră, exercițiul unilateral, adică neegal al autorității, iar nu exercițiul de către un singur părinte, adică exercițiul exclusiv al autorității părintești. Legiuitorul nefăcând această distincție, există riscul ca domeniul motivelor temeinice la care face trimitere art. 398 alin. (1) în contextul divorțului să fie interpretat în corelație cu art. 507 NCC – prezintă relevanță, în această discuție, îndeosebi cazul părintelui decăzut din exercițiul drepturilor părintești – iar în acest fel s-ar limita drastic posibilitatea instanței de a pronunța o soluție pliată pe circumstanțele care particularizează speța.

În opinia noastră, textele invocate, art. 398 alin. (1) NCC, art. 507 NCC, reglementează excepții distincte de la regula exercitării comune a autorității părintești: motivele temeinice la care se face apel în contextul art. 398, credem că nu au gradul de severitate a împrejurărilor care justifică exercitarea autorității de

către un singur părinte – acestea din urmă subsumabile situației de imposibilitate a unuia dintre părinți de a se exprima – însă, coroborate cu criteriul interesului superior al copilului, constituie veritabile contraindicații ale exercițiului comun al autorității părintești. Altminteri, ori de câte ori instanța de divorț ar hotărî exercitarea unilaterală a autorității părintești, în mod implicit ar dispune și decăderea din exercițiul acestor drepturi a părintelui „necustodian”, ceea ce nu credem că poate fi primit. Ca argument, în cazul exercițiului unilateral al autorității părintești, spre deosebire de exercitarea de către un singur părinte, acela dintre părinți care nu locuiește împreună cu copilul păstrează dreptul de a veghea la creșterea, educarea, învățătura și pregătirea profesională a copilului [art. 398 alin. (2) NCC], precum și dreptul de a avea legături personale cu copilul (art. 401 NCC), spre deosebire de părintele decăzut din exercițiul drepturilor părintești, care nu deține asemenea prerogative.¹⁴ Considerăm că în contextul dispozițiilor referitoare la divorț legiuitorul are în vedere exercițiul unilateral al autorității – situație similară scindării ocrotirii părintești din reglementarea anterioară – în vreme ce prevederile generale din materia autorității părintești descriu posibilitatea preluării integrale a exercițiului autorității de către un singur părinte, celălalt aflându-se, obiectiv sau subiectiv, în neputința de a-și exercita drepturile și de a-și îndeplini îndatoririle.

III. Stabilirea locuinței copilului în cazul părinților aflați în divorț

Cu toate că exercițiul comun al autorității părintești de către părinți are rang de principiu, divorțul, la fel și separația părinților necăsătoriti, sunt urmate de reorganizarea vieții private a *fiecăruia* dintre părinți, adică a însuși contextului manifestării exercițiului autorității părintești. Ar fi utopic să pretindem că, întrucât atât înainte cât și după desfacerea căsătoriei autoritatea părintească se exercită de către ambii părinți, divorțul acestora este nu are nicio urmă în planul exercitării autorității părintești. Odată cu desfacerea căsătoriei sunt necesare câteva „aranjamente” legate de copii, realizate fie prin acordul soților,¹⁵ fie prin hotărârea instanței de tutelă: stabilirea locuinței copilului, a modalității de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și a contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățătură și pregătire profesională a copiilor [art. 375 alin. (2), art. 400-402 NCC].

Oricare ar fi calea de stabilire a locuinței copilului, premisa este ca părintele la care va locui acesta să dețină exercițiul autorității părintești. Este mai presus de orice îndoială că nu s-ar putea lua act de învoiala părinților, oricare ar fi sensul înțelegerii dintre ei, dacă unul sau ambii sunt decăzuți din exercițiul drepturilor părintești ori se află sub efectul unei hotărâri anterioare prin care s-a dispus, în considerarea unor motive temeinice, exercitarea autorității părintești de către

unul dintre părinți (art. 398 NCC) sau, în mod excepțional, de către terțe persoane (art. 399 NCC). Se înțelege, nici instanța de tutelă nu ar putea dispune locuința copilului la părintele care nu are exercițiul autorității părintești sau care este în neputința de a-și exprima voința.

Acestea fiind coordonatele generale ale stabilirii locuinței copilului în ipoteza divorțului părinților, sunt două aspecte în rezolvarea cărora indicațiile legale sunt insuficient lămuritoare sau chiar contradictorii: este ținută instanța de divorț să statueze, chiar și din oficiu, cu privire la locuința minorului? eventuala înțelegere a soților referitoare la reședința copilului este supusă cenzurii instanței?

În ceea ce privește prima problemă, fermitatea răspunsului afirmativ,¹⁶ ancorat în prevederile art. 400 NCC, este zdruncinată de cele dispuse prin art. 918 NCPC. Conform art. 400 NCC, (1) „În lipsa înțelegerii dintre părinți sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului, instanța de tutelă stabilește, odată cu pronunțarea divorțului, locuința copilului minor la părintele cu care locuiește în mod statornic. (2) Dacă până la divorț copilul a locuit cu ambii părinți, instanța îi stabilește locuința la unul dintre ei, ținând seama de interesul său superior. (3) În mod excepțional, și numai dacă este în interesul superior al copilului, instanța poate stabili locuința acestuia la bunici sau la alte rude ori persoane, cu consimțământul acestora, ori la o instituție de ocrotire. Acestea exercită supravegherea copilului și îndeplinesc toate actele obișnuite privind sănătatea, educația și învățătura sa”.

Pe de altă parte însă, în limitele normelor de drept procesual, art. 918 NCPC, alineatul (1) al dispoziției stabilește că „*La cerere* (- s.n. E.F.), instanța de divorț se pronunță și cu privire la: a) exercitarea autorității părintești, contribuția părinților la cheltuielile de creștere și educare a copiilor, locuința copilului și dreptul părintelui de a avea legături personale cu acesta; (...)”, iar alineatul (2) precizează: „Când soții au copii minori, născuți înainte sau în timpul căsătoriei ori adoptați, *instanța se va pronunța asupra exercitării autorității părintești, precum și asupra contribuției părinților la cheltuielile de creștere și educare a copiilor, chiar dacă acest lucru nu a fost solicitat prin cererea de divorț* (-s.n., E.F.)”. Cu alte cuvinte, din perspectiva legii procesuale, sunt cereri accesorii obligatorii interesând relația dintre părinți și copii chestiunea exercitării autorității părintești, precum și a întreținerii datorate copilului, nu și locuința minorului, asupra căreia instanța nu se pronunță din oficiu, ci numai la cerere.¹⁷

Încercarea de armonizare pe cale de interpretare a celor două categorii de prevederi pornind de la un presupus înțeles larg al noțiunii de „exercitare a autorității părintești” din cuprinsul legii procesuale [art. 918 alin. (2)], care ar subînțelege nu doar obligativitatea unei statuări asupra exercitării autorității *stricto sensu* – după caz, de către ambii părinți, de către unul dintre ei, sau de către terțe

persoane (art. 397-399 NCC) – ci și asupra implicațiilor exercitării autorității părintești, adică inclusiv în privința locuinței copilului, nu credem că ar fi convingătoare. Același enunț din NCPC se referă *expressis verbis* la obligația instanței de divorț de a se pronunța, din oficiu, alături de exercitarea autorității părintești, asupra contribuției părinților la întreținerea copilului or, obligația de a da întreținere copilului, la fel ca dreptul și îndatorirea de a stabili locuința acestuia, precum și dreptul părintelui de a păstra legături personale cu copilul sunt, fiecare, atribute ale autorității părintești; de vreme ce numai unul dintre aceste „derivate” ale autorității părintești este explicit calificată ca având statut de cerere accesorie obligatorie, este peste puterile interpretului de a deroga de la principiul disponibilității în materie procesuală.

Trebuie spus că unele sincope de consecvență din cuprinsul Codului civil reglementând relațiile dintre părinți și copii în situații juridic echivalente pot fi de asemenea „incriminate” ca alimentând ezitățile în formularea unui punct de vedere în chestiunea supusă atenției. Bunăoară, în cazul divorțului prin procedură notarială, dacă sunt copii, potrivit art. 375 alin. (2) NCC, admisibilitatea cererii comune a soților presupune ca aceștia să fi convenit cu privire la „exercitarea autorității părintești de către ambii părinți, stabilirea locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor”; teza finală a dispoziției avertizează însă că existența în sine a învoielii soților nu este suficientă iar cererea lor de divorț urmează a fi respinsă „dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soților privind *exercitarea în comun a autorității părintești sau cel privind stabilirea locuinței copiilor* nu este în interesul copilului (s.n. E.F.)” Și de astă dată chestiunea exercițiului comun al autorității părintești este „vehiculată” autonom, desprinsă de funcțiile sale dar, spre deosebire de ipoteza divorțului judiciar, acum se află în compania dreptului și îndatoririi părinților de a stabili locuința copilului. În schimb, în cazul stabilirii filiației din afara căsătoriei pe cale judiciară – situația copilului ai cărui părinți nu conviețuiesc fiind, din punctul de vedere al modului de exercitare al autorității părintești, identică cu aceea a copilului ai cărui părinți sunt divorțați, art. 505 alin. (2) NCC – instanța este datoare să se pronunțe, afară de numele copilului, cu privire la „*exercitarea autorității părintești și obligația părinților de a-l întreține pe copil*” [art. 438 alin. (1) NCC].

Dacă – ținând seama și de cele dispuse prin art. 83 lit. k) din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă,¹⁸ potrivit cărora la data intrării în vigoare a Codului de procedură civilă se abrogă orice dispoziții contrare – vom conchide, împotriva a ceea ce îndeamnă „instinctul” juridic format sub legislația și practica judiciară anterioară, că instanța de divorț se pronunță din oficiu numai asupra exercitării autorității părintești, precum și a contribuției fiecărui părinte la întreținerea copilului, așa cum prevede

art. 918 alin. (2) NCPC, înseamnă că, *per a contrario*, asupra locuinței copilului instanța nu se pronunță decât la cerere.

Cât privește îndreptățirea instanței de a cenzura posibila învoială a părinților aflați în divorț privind locuința copilului sub aspectul conformității măsurii preconizate cu interesul superior al copilului, răspunsul este, din nou, în funcție de temeiul său, substanțial sau procesual. Dacă ne raportăm la prevederile Codului civil referitoare la efectele divorțului în planul raporturilor dintre părinți și copii, prevederile art. 400 alin. (1) sunt cât se poate de clare: „în lipsa înțelegerii dintre părinți (referitoare la locuința copilului, n.n., E.F.) sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului (s.n., E.F.)”, invitând neîndoielnic la evaluarea de către instanță a măsurii gândite de către părinți. Un atare punct de vedere nu primește susținerea textelor de drept procesual: de vreme ce, conform art. 918 alin. (1) și (2) NCPC, instanța nu se pronunță decât la cerere cu privire la locuința copilului, din punct de vedere logic ar fi dificil de explicat faptul că deși problema reședinței copilului nu se evocă din oficiu, atunci când părinții s-au învoit în această privință, judecătorul divorțului urmează să analizeze din oficiu concordanța proiectului cu interesul superior al copilului și, dacă este cazul, refuzând să ia act de învoiala părinților, este îndrituit să dispună o măsură diferită de cea preconizată de părinți. Pe de altă parte, dacă am subscrie ideii că instanța nu este abilitată să cenzureze înțelegerea dintre părinți referitoare la locuința copilului, ar însemna să admitem că este producătoare de efecte inclusiv o „convenție” situată în afara modului de exercitare a autorității părintești decis de instanță, cum ar fi locuința stabilită la acel părinte care nu deține exercițiul drepturilor părintești sau care este decăzut din exercițiul drepturilor părintești.

Reiterăm observația că măsura privitoare la exercitarea autorității părintești nu rezolvă în mod implicit și problema locuinței copilului. Împrejurarea că, potrivit cu regula în materie, părinții divorțați vor continua să exercite în comun autoritatea părintească, înseamnă, în ceea ce interesează în context, că și pe viitor vor hotărî de comun acord asupra locuinței minorului, dar nu „vorbește” de la sine și în concret despre părintele sau terța persoană cu care locuiește acesta.

IV. Locuința alternantă a copilului – soluție sau compromis?

Felul în care și-a găsit rezolvare problema locuinței copilului influențează decisiv opțiunile privitoare la acela dintre părinți care menține legăturile personale cu copilul conform unui program și contribuie tot astfel la cheltuielile de întreținere ale acestuia; ori de câte ori copilul locuiește cu unul dintre părinți, celălalt are dreptul de a menține legăturile personale cu copilul și obligația de a contribui la efortul de întreținere a acestuia, de regulă, sub forma prestațiilor periodice. Întrucât

vorbim despre părinți aflați în curs de divorț, probabilitatea locuinței comune a părinților ulterior desfacerii căsătoriei este neglijabilă, practic, locuința copilului va fi stabilită la unul sau altul dintre părinți – ca regulă, art. 400 alin. (1) și (2) NCC, ori la o terță persoană, adică fie la bunici, la alte rude sau persoane, cu consimțământul acestora, fie la o instituție de ocrotire – ca excepție, art. 400 alin. (3) NCC.

Față de orientarea nouă în materie de exercitare a autorității părintești în cazul părinților divorțați (la fel și în cazul părinților din afara căsătoriei care nu conviețuiesc), este de așteptat ca disputa „părintească”, până de curând având ca „miză” încredințarea copilului spre creștere și educare, să se transfere asupra stabilirii locuinței copilului și, în acest context, locuința alternantă a copilului și-ar putea cuceri statutul de soluție de compromis.

Ne întrebăm dacă ideea locuinței alternante a copilului, adică a reședinței stabilite când la unul, când la altul dintre părinți, este de încurajat ca expresie a formulei ideale de autoritate părintească exercitată în comun sau, dimpotrivă, este de primit cu rezerve, ca versiune „denaturată” de coparentalitate, descompusă într-o succesiune de episoade de exercitare unilaterală a autorității părintești. *Quod de* interesul superior al copilului?

Spre deosebire de Codul civil francez, bunăoară,¹⁹ care, grație modificărilor operate prin Legea nr. 2002-305 din 4 martie 2002, stipulează explicit posibilitatea ca reședința copilului să se fixeze alternativ la fiecare dintre părinți (art. 373-2-9 alinea 1 er),²⁰ legea română păstrează tăcerea în această privință însă, câtă vreme sunt încurajate – pe bună-dreptate – soluțiile amiabile în legătură cu relațiile personale dintre părinți și copii, părțile au libertatea de a conveni inclusiv în sensul, neinterzis de lege, al alternanței locuinței copilului, prezentând înțelegerea lor notarului public sau, după caz, instanței de tutelă, spre „omologare”. Este de primit, fără rezerve, un atare acord al părinților?

Configurația textelor Codului nostru civil referitoare la locuința minorului este identică aceleia al Codul civil francez anterior modificării art. 373 – adică anterior consacării reședinței copilului alternativ la fiecare dintre părinți ca modalitate de stabilire a locuinței acestuia –, „format” care a generat soluții jurisprudențiale neunitare²¹ și a alimentat polemici doctrinare²²; o evoluție similară este previzibilă și la noi.

Ne îndoim că din punctul de vedere al copilului ideea locuinței alternative este, cu titlu general, cea mai fericită alegere,²³ oricare ar fi ritmul alternanței în găzduirea copilului, și chiar dacă proximitatea geografică a celor două locații ar scuti de neajunsuri suplimentare. Îndeplinirea îndatoririlor părintești este o sarcină de zi cu zi, presupune implicare continuă, susținută, fără inevitabilele sincope ale „schimbului de ture” între părinți. Asigurarea stabilității și continuității în îngrijirea, creșterea și educarea copilului, unul din principiile ce guvernează respectarea și

promovarea drepturilor copilului [art. 6 lit. i) din Legea nr. 272/2004] nu credem că poate fi realizată secvențial și într-o manieră „tentacularizantă” a vieții de familie a copilului; nu credem că dreptul copilului de a crește alături de părinții săi [art. 8 alin. (2) și art. 30 alin. (1) din Legea nr. 272/2004] implică alternanța locuinței acestuia ori de câte ori părinții au reședințe separate.

Dacă, în cazul părinților căsătoriți, faptul locuințelor separate ale acestora, unul dintre ei locuind împreună cu copilul [art. 406 alin. (2) NCC], nu impietează prin el însuși asupra exercitării autorității părintești împreună și în mod egal, cu atât mai puțin locuința statornică a copilului la unul dintre părinții divorțați sau, după caz, separați, nu este de natură să compromită ideea exercitării comune a autorității părintești. Până la urmă, exercițiul comun al prerogativelor parentale este de receptat ca modalitate „colegială” de luare a deciziilor privitoare la persoana și bunurile copilului, în așa fel încât părintele „necustode” să fie de asemenea implicat în tot ceea ce interesează evoluția copilului, chiar dacă participarea sa efectivă în toate actele, faptele, gesturile, mărunte sau însemnate, care fac parte din rutina creșterii copilului, nu are periodicitatea impusă de partajarea aritmetică a timpului petrecut alături de acesta.

Dincolo de aprecieri de acest fel, subiective și, recunoaștem, părtinitoare, intuitiv rezervate față de presupusele efecte benefice, pentru copil și pentru fiecare dintre părinții săi a soluției locuinței alternante a minorului, trebuie să admitem că un atare deznodământ nu poate fi respins ca fiind în afara cadrului legal²⁴ și nici refuzat cu titlu general, oricare ar fi circumstanțele concrete ale unei stări de fapt. O flexibilitate prudent dozată ar presupune, în opinia noastră, să distingem între câteva categorii de situații ce se pot ivi în practică: există învoiala părinților referitoare la locuința alternantă a copilului;²⁵ în lipsa acordului dintre părinți, unul dintre aceștia solicită instanței de tutelă să dispună în sensul reședinței alternante a copilului. Suntem de părere că instanța nu este îndrituită să dispună ea însăși o atare soluție în lipsa cererii părților sau a uneia dintre părți.

În prima dintre ipoteze, dacă părinții au convenit pentru o împărțire paritară a timpului petrecut în mod efectiv alături de copil, credem că instanța poate lua act de acordul lor dacă apreciază că o atare măsură este în interesul superior al copilului. Îndatorirea instanței de a cenzura învoiala părinților sub aspectul conformității cu interesul superior al copilului este neîndoielnică (numai) în baza prevederilor dreptului material, art. 400 alin. (1) NCC, potrivit cărora instanța de divorț stabilește locuința copilului la părintele cu care locuiește în mod statornic „în lipsa înțelegerii dintre părinți sau dacă aceasta este contrară interesului superior al copilului”.

În cea de-a doua ipoteză, dacă unul dintre părinți solicită instanței să dispună în sensul locuinței alternante a copilului, în principiu, cererea poate primi o soluție favorabilă, cu cel puțin două condiții: o atare măsură să fie în consonanță

cu interesul superior al copilului; celălalt părinte să-și fi manifestat disponibilitatea de a locui împreună cu copilul, altfel spus, să nu fi solicitat fixarea locuinței copilului la celălalt părinte sau la terțe persoane.

Ca numitor comun, locuința alternantă ar avea drept criteriu interesul superior al copilului, apreciat ca atare de instanța de tutelă. Factorii implicați în conturarea direcției interesului superior al copilului ar putea fi sistematizați astfel:²⁶ aptitudinea părinților de a se adapta alternanței locuinței copilului – atât sub aspect relațional, adică disponibilitatea fiecăruia de a menține deschise căile de comunicare cu celălalt, cât și sub aspect material, de a fi în măsură, fiecare dintre părinți, să ofere copilului condiții de locuit mulțumitoare și cât mai apropiate; aptitudinea copilului de a se adapta – ținându-se seama de vârsta, de starea sa generală fizică, psihică și emoțională, de îndatoririle sale școlare, de relațiile sociale dezvoltate și luând în considerare, se înțelege, opinia exprimată de copilul ascultat.

V. Schimbarea locuinței copilului împreună cu părintele la care locuiește

În conformitate cu prevederile art. 497 NCC, „(1) Dacă afectează exercițiul autorității sau al unor drepturi părintești, schimbarea locuinței copilului, împreună cu părintele la care locuiește, nu poate avea loc decât cu acordul prealabil al celuilalt părinte. (2) În caz de neînțelegere între părinți, hotărăște instanța de tutelă potrivit interesului superior al copilului, luând în considerare concluziile raportului de anchetă psihosocială și ascultându-i pe părinți. Ascultarea copilului este obligatorie, dispozițiile art. 264 fiind aplicabile.”

Așadar, în esență, în cazul schimbării locuinței părintelui rezident împreună cu cea a copilului, dacă acest lucru ar fi de natură să afecteze exercițiul autorității părintești sau al unor drepturi părintești este necesar acordului prealabil al celuilalt părinte. Dispoziția reprodușă (art. 497 NCC) este așezată în capitolul dedicat drepturilor și îndatoririlor părintești, prin urmare are vocație generală, fără distincție după cum părinții, căsătoriți sau nu, sunt separați ori divorțați.

Prin ipoteză, copilul locuiește împreună cu unul dintre părinți – nu este relevant dacă în baza acordului dintre aceștia sau în temeiul hotărârii instanței. Față de condiția cuprinsă în enunțul legal, anume aceea ca schimbarea de locuință să fie de natură să afecteze exercițiul autorității părintești sau al unor drepturi părintești, ne întrebăm, acordul cărui părinte este necesar? nu este clar dacă legiuitorul are în vedere numai părinții care dețin deopotrivă exercițiul autorității părintești sau este inclus și părintele care, prin efectul unei hotărâri judecătorești, nu are plenitudinea exercițiului autorității – dar a păstrat dreptul de a veghea la creșterea, educarea, pregătirea profesională a acestuia, precum și dreptul de a păstra relații personale cu copilul – și, de asemenea, părintele căruia i s-a retras parțial, numai cu privire la anumite drepturi exercițiul autorității [art. 509 alin. (2) NCC].

În opinia noastră, schimbarea locuinței copilului nefiind decât o versiune a stabilirii locuinței acestuia, dreptul de a participa la luarea unor asemenea decizii presupune că ambii părinți se încadrează în regula exercițiului comun al autorității; precizarea din cuprinsul prevederii art. 497 NCC, în sensul că acordul prealabil este necesar chiar dacă schimbarea locuinței ar afecta doar exercițiul unor drepturi părintești, nu credem că trebuie înțeles în sensul că, dispoziția este aplicabilă chiar dacă părinții nu dețin exercițiul comun al autorității, ci în sensul că acordul cu pricina este necesar chiar dacă schimbarea de locuință nu ar afecta însăși exercițiul autorității părintești, în întregul său, ci doar unele drepturi ale portofoliului părintesc.

Câteva observații sunt inevitabile: cerința acordului prealabil al părintelui „nerezident” nu este una generală, adică nu are în vedere orice schimbare implicită a locuinței copilului, ci doar aceea care ar afecta nefavorabil exercițiul autorității părintești sau a unor drepturi părintești. Condiția de care depinde implicarea acestui părinte este una pur subiectivă: dacă, în ce fel și în ce măsură ar putea fi afectat exercițiul autorității sau a unora din prerogativele părintești, iar în acest condiții, mai cu seamă în cazul foștilor soți, al părinților necăsătoriți și despărțiți, este previzibil exercițiul abuziv al acestui veritabil drept de veto. Nu trebuie pierdut din vedere că acordul prealabil al părintelui nerezident vizează nu numai schimbarea locuinței copilului ci, implicit și a locuinței celuilalt părinte, rezident care, eventual, s-a (re)căsătorit; așa fiind, în calitate de soț, are îndatorirea de a locui împreună cu soțul/soția [art. 309 alin. (2) NCC] și, cu toate că numai soții decid cu privire la locuința lor comună, iată că, indirect, o atare intenție ar trebui „avizată favorabil” de către un terț – celălalt părinte al copilului. Fără să punem la îndoială bunele intenții ale legiuitorului, în opinia noastră cerința acordului prealabil al părintelui care nu locuiește cu copilul, prevăzută de art. 397 NCC, riscă să atenteze la însuși dreptul la viață privată și familială a părintelui care „ține” copilul. Față de asemenea posibile urmări ale stabilirii locuinței la unul dintre părinți, printr-un efect de „bumerang” al prevederilor amintite, părinții, aflați în divorț ori separați, ar putea deveni reticenți în ași dori să locuiască împreună cu copilul.

Nu este mai puțin adevărat că legea nu prevede vreo sancțiune pentru cazul în care schimbarea de locuință s-a realizat fără acordul prealabil sau chiar fără consultarea părintelui; credem însă că, pus în fața faptului împlinit, părintele nerezident ar putea solicita modificarea măsurilor privitoare la copil (art. 403 NCC).

Mai este de observat, că legea nu conține vreo precizare cu privire la modul în care va proceda instanța sesizată în legătură cu dezacordul dintre părinți privind schimbarea locuinței; cu siguranță, instanța poate suplini acordul părintelui care s-ar împotrivi abuziv sau fără temei și, de asemenea, credem că poate intra în discuție modificarea măsurilor privitoare la copil; considerăm că instanța nu va putea interzice părintelui rezident schimbarea propriei locuințe.

Concluzionând, generalitatea și generozitatea principiului exercitării în comun a autorității părintești, fondat pe legătura de filiație dintre copil și fiecare dintre părinții săi, cu toată noblețea sa – invitând la detașarea, de către părinți înșiși, a celor două planuri ale relațiilor dintre ei, astfel încât neînțelegerile dintre soți, foști soți, parteneri consensuali să nu impiețeze asupra relațiilor, prezente și viitoare, dintre părinți referitoare la copii – nu poate preveni nevoia de „resetare” a exercițiului drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești în situațiile în care părinții, căsătoriți sau nu, divorțează sau renunță să mai conviețuiască.

Ar fi iluzoriu să pretindem că schimbarea radicală petrecută în relațiile personale dintre părinți nu se va resimți în relația dintre aceștia referitoare la copiii lor sau că exercițiul conjunct al autorității părintești face ca faptul despărții părinților să treacă neobservat de către copil. El urmează să locuiască, în principiu, cu unul dintre părinți. Prin natura lucrurilor, părintele care locuiește împreună cu copilul are avantajul nu doar a continuității faptice, ci și a consistenței materiale, efective a exercițiului prerogativelor sale.

„Duelul” din reglementarea anterioară pentru încredințarea copilului spre creștere și educare s-a deplasat pe terenul desemnării aceluși părinte la care va fi locuința copilului, implicit a părintelui „continuu”, care va fi prezent, efectiv și afectiv în viața de zi cu zi a copilului și, prin forța împrejurărilor, va dispune de resurse suplimentare de influență asupra acestuia. Și, tocmai sub acest aspect, al stabilirii locuinței copilului într-o atmosferă de „criză” ce a luat în stăpânire relațiile dintre părinți, s-au strecurat unele sincope de coerență ori de consecvență a prescripțiilor legale.

Cert este că relația dintre exercițiul comun al autorității părintești și stabilirea locuinței copilului este de la întreg la parte. Faptul că locuința copilului se află la unul dintre părinți, potrivit învoielii acestora sau în temeiul hotărârii instanței, nu impiețază asupra exercițiului comun al autorității părintești, în schimb, decizia privitoare la locuința copilului este luată în comun de către părinți subînțelegându-se că fiecare dintre ei are exercițiul autorității părintești.

Spre deosebire de măsura încredințării copilului spre creștere și educare din reglementarea anterioară, măsura privitoare la exercitarea autorității părintești nu rezolvă în mod implicit problema locuinței copilului. Împrejurarea că, potrivit cu regula în materie, părinții divorțați vor continua să exercite în comun autoritatea părintească semnifică, în ceea ce interesează în context, că și pe viitor ei vor hotărî de comun acord asupra locuinței minorului, dar invocata regulă nu „desemnează” de la sine și în concret părintele sau terța persoană împreună cu care locuiește copilul.

* Conf.dr., facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; florian_emese@yahoo.com.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată (M.Of. nr. 505 din 15 iulie 2011).

² Sintagma „autoritatea părintească”, deși generatoare de rezerve din pricina termenului „autoritate” din compunerea sa – sugerând „puterea” ce s-ar recunoaște părinților de a impune ascultare – este mai expresivă decât aceea de „responsabilitate părintească”. După cum s-a afirmat, „autoritatea părintească” evidențiază caracterul indisolubil al drepturilor și îndatoririlor părintești; părinții au nu doar responsabilități, ci și „datoria de exigență” față de copil, ca „putere” prin care se manifestă responsabilitatea părintească. Etimologic, cuvântul „autoritate” provine din latinescul *actoritas* care, la rândul său, derivă din *augere*, însemnând a crește, a dezvolta – A se vedea F. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille: propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La Documentation française, 1999, p. 59.

³ Adoptată de Adunarea Generală a ONU la 20 noiembrie 1989, ratificată de România prin Legea nr. 18/1990, republicată (M.Of. nr. 314 din 13 iunie 2001).

⁴ Regulamentul (CE) nr. 2201/2003 al Consiliului din 27 noiembrie 2003 privind competența, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești în materie matrimonială și în materia responsabilității părintești.

⁵ Principiul exercitării în comun a autorității părintești de către părinții divorțați subsituie căsătoriei o stranie formă de alianță ce are ca unic punct de convergență comunitatea „puterilor” asupra copilului – J.L. Viaux, *Fonction et fiction du juridique: l'autorité parentale après la loi du 4 mars 2002*, A.J. Famille, nr. 9/2003, p. 293-296. Pe de altă parte însă, trebuie acceptat că de vreme ce drepturile și îndatoririle părintești sunt consecința legăturilor de filiație cu copilul, exercitarea, respectiv îndeplinirea acestora de către părinții divorțați ori despărțiți este „capitol” distinct – teoretic, cel puțin – de acela al relațiilor personale dintre părinți – I. Corpart, *Les dysfonctionnements de la coparentalité (1)*, A.J. Famille, nr. 4/2009, p. 155-162. A se vedea, de asemenea, A. Guttanoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), cinquième éd., Dalloz, 2010, p. 792, nr. 232.140.

⁶ Astfel, și doar cu titlu exemplificativ, exercițiul conjunct al autorității părintești, fie vorba de familie “legitimă” sau de familie “naturală”, are rang de principiu în Olanda (art. 251 C.civ.), Elveția (art. 297, art. 304 C.civ.), Franța (art. 372 C.civ.).

⁷ Documentul poate fi consultat la adresa www.ceflonline.net. Relevante în contextul discuției sunt principiului 3:11, „Exercițiul comun”, potrivit căruia „părinții care au autoritatea părintească ar trebui să aibă în mod egal dreptul și obligația de a o exercita și, de câte ori este posibil, ar trebui să facă acest lucru împreună”, precum și principiul 3:10, „Efectele divorțului sau separării”, în sensul căruia „autoritatea părintească nu trebuie să fie afectată de desfacerea sau anularea căsătoriei sau a altei forme de relație și nici de separarea *de iure* sau *de facto* a părinților”.

⁸ Aceasta spre deosebire de prevederea cuprinsă în art. 372-2 din C. civ. francez, cvasiidentică celei din art. 503 alin. (2) NCC, dar care limitează incidența prezumției de acord al ambilor părinți la actele uzuale relative la persoana copilului.

⁹ Cu titlu general, „inventarul” actelor curente poate fi realizat cu sprijinul unui criteriu negativ: nu poate fi considerat uzual actul care are consecințe angajante asupra viitorului copilului. sau care aduce în discuție drepturi fundamentale ale acestuia. Au vocație de acte importante, neuzuale, cele referitoare la identitatea copilului, sănătatea, educația școlară a acestuia. Astfel, numele copilului, atunci când părinții au nume de familie diferite, la fel și prenumele acestuia, se alege prin acordul părinților (art. 492 NCC) și pot fi schimbate de asemenea pe fondul consensului celor doi. Într-un sens apropiat, A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 793. A se vedea, de asemenea, L. Delprat, *L'autorité parentale et la loi*, Studyrama, 2006, p. 67. Pentru concluzia potrivit căreia exercitarea în comun a autorității părintești presupune ca părinții să stabilească împreună, prin consens, direcția pe care trebuie să o urmeze creșterea și educația copilului, dar actele individuale în realizarea dezideratului propus vor putea fi înfăptuite de către fiecare dintre ei, L. Pomodoro, P. Giannino, P. Avallone, *Manuale di diritto di famiglia e*

dei minori, UTET Giuridica, 2009, p. 134. Pentru soluția conform căreia, întrucât ambii părinți sunt investiți cu exercițiul autorității părintești, niciunul dintre ei nu este îndrituit, fără acordul prealabil al celuilalt, să solicite schimbarea prenumelui copilului, Cass. 1^e civ., 3 mars 2009, n^o 05-17163, www.legifrance.gouv.fr. În sensul că schimbarea prenumelui copilului, pe motiv că are consonanță străină, nu este o decizie la îndemâna unui singur părinte, C.A. Dijon, 27 nov. 2007, *apud*. A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 795, nota nr. 1.

¹⁰ În acest sens, A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 793; I. Gallmeister, *Le principe de coparentalité*, *AJ fam.*, N^o 4/2009, p. 148-150

¹¹ În același sens, C. Irimia, *Comentariu*, art. 496, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, de Fl. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), Ed. CH Beck, București, 2012, p. 542, nr. 6.

¹² Este adevărat, în cazul divorțului prin procedură notarială, existența înțelegerii dintre soți privind locuința copilului, ca de altfel și a înțelegerii lor în sensul exercitării în comun a autorității părintești, în sine, nu este suficientă; pentru admisibilitatea cererii de divorț, acordul părintesc trebuie să treacă prin filtrul controlului de conformitate cu interesul superior al copilului realizat de autoritatea tutelară [art. 375 alin. (2) teza finală NCC].

¹³ La desfacerea căsătoriei, atribuirea beneficiului locuinței proprietate comună a soților unuia dintre aceștia, oricare ar fi fost criteriul sau criteriile care au înclinat astfel balanța, are loc cu titlu provizoriu, adică până la data rămânerii definitive a hotărârii de partaj [art. 324 alin. (4) NCC].

¹⁴ Referitor la părintele decăzut din exercițiul drepturilor părintești, potrivit art. 512 alin. (2) NCC, până la soluționarea cererii de redare a exercițiului drepturilor părintești, instanța poate îngădui părintelui să aibă legături personale cu copilul, de unde concluzia că până la data formulării cererii, acest drept a fost „suspendat”.

¹⁵ Ideea convecției între părinți privitoare la exercițiul autorității părintești are totuși o nuanță deranjantă pentru că vizează aspectele ce țin de viața unei terțe persoane, cea a copilului. (J. Hauser, *Un nouveau-né: l'enfant conventionnel*, *apud*. C. Brunetii-Pons, *L'exercice de l'autorité parentale face un pluralisme familial*, în *Dialogue*, nr. 3/2004, p. 15), chiar dacă ne grăbim să „amortizăm” sentimentul de disconfort moral prin explicația potrivit căreia învoiala părinților nu are ca obiect repartizarea drepturilor și a îndatoririlor părintești, ci doar definirea modalității de exercitare a prerogativelor recunoscute de lege.

¹⁶ A se vedea Fl. A. Baiaș, *Comentariu*, art. 400, în *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, de Fl. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coordonatori), *op. cit.*, p. 437-439; G.C. Frențiu, *Comentarii și doctrină*, art. 400, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2012, vol. I, p. 584-585.

¹⁷ Pentru o interpretare diferită, afirmând că cererile indicate prin art. 918 alin. (1) lit. a), inclusiv pretenția privitoare la stabilirea locuinței copilului, „vor fi soluționate în mod obligatoriu de instanța de judecată, din oficiu, dacă niciuna dintre părți nu a solicitat acest lucru”, a se vedea Al. P. Dimitriu, *Note și Explicații*, art. 918, în *Noul Cod de procedură civilă. Note. Corelații. Explicații*, de Gh. Piperea, C. Antonache, P. Piperea, Al. Dimitriu, M. Piperea, Al. Rățoi, A. Atanasiu, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 896. Potrivit autorului, „această concluzie se desprinde în mod evident din textele alin. (2) și (3), aceste texte reprezentând o veritabilă excepție de la principiul disponibilității”.

¹⁸ Publicată în M.Of. nr. 365 din 30 mai 2012, cu modificările ulterioare.

¹⁹ Reședința alternantă a copilului pentru ipoteza divorțului ori a despărțirii părinților este de asemenea consacrată în Regatul Unit (Children Act, 1989), în Belgia (Legea din 18 iulie 2006), în Spania (Legea din 8 iulie 2005), în Italia (Legea din 8 februarie 2006). Cât privește legislația Provinciei Quebec, Legea privind divorțul stabilea, încă din 1985, posibilitatea rezolvării situației copiilor în termenii așa-numitului „garde partagée”, însă fără a-i defini conținutul și fără a-i indica criteriile sau limitele. Cu timpul, jurisprudența sprijinită de doctrină au creionat „regimul juridic” al „custodiei comune” care, în esență, poate fi

rezumat astfel: măsura poate fi dispusă numai în acord cu interesul superior al copilului, ținându-se seama și de nevoia de stabilitate a acestuia; relațiile dintre părinți, capacitatea lor de a comunica și de a depăși frustrările, nemulțumirile, resentimentele legate de episodul încheiat al trecutului lor comun sunt de maximă importanță; trebuie avute în vedere, de asemenea, proximitatea geografică a locuințelor celor doi părinți, eventualele circumstanțe personale ale unuia sau altuia dintre părinți cu valoare de „contraindicație” ca prezență activă în viața copilului; desigur, nu în ultimul rând, contează și opinia copilului, în funcție de vârsta și de gradul său de maturitate – J. Dutil, *La garde partagée au Québec*, în A. J. Famille, nr. 12/2011, p. 596-597; a se vedea, de asemenea, M. Castelli, D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd., Presses Université Laval, 2005, p. 331-333.

²⁰ În prezent, având susținerea textelor de lege, o atare soluție poate fi pronunțată de instanță fie pe temeiul acordului dintre părinți fie, în lipsa învoielii acestora la cererea unuia dintre părinți dar cu titlu provizoriu, pentru o perioadă determinată, urmând ca la finalul „perioadei de probă” chestiunea locuinței copilului să primească o rezolvare definitivă. – a se vedea L. Delprat, *op. cit.*, p. 78.

²¹ Astfel, uneori, instanțele franceze, inclusiv cea supremă, au refuzat categoric să decidă în sensul locuinței alternante a copilului, chiar dacă părinții aflați în divorț solicitau în mod expres o atare soluție, alții s-a dispus reședința „partajată” chiar dacă părinții s-au împotrivit; unele instanțe luau act pur și simplu de acordul părinților în sensul locuinței alternante fără vreo cenzură, altele procedau la evaluarea conformității compromisului părintesc cu sensul interesului superior al copilului. Pentru dezvoltări, a se vedea A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op.cit.*, p. 803-804, nr. 232.231.

²² Tema locuinței alternante a rămas în centrul unor polemici aprinse în care s-au implicat, afară de reputați juriști, specialiști de marcă ale științelor psihologiei și pedo-psihiatriei. A se vedea, bunăoară, L. Briard, *„Résidence alternée et conflit parental”*, AJ Famille, nr. 12/2011, p. 570-573; M. Juston, *De la coparentalité à la déparentalité*, AJ Famille, nr. 12/2011, p. 579-583; A. Gouttenoire, *Autorité parentale*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op.cit.*, p.803-807. Se afirmă că locuința alternantă a copilului poate preveni sindromul de „alienare părintească”, adică manipularea emoțională a copilului de către unul dintre părinți în scopul „confirscării” acestuia prin excluderea celuilalt părinte și a familiei acestuia din viața copilului. Consecințele asupra copilului a unei asemenea strategii „declarative de moarte simbolică” a unuia dintre părinți ar fi comparabile ca gravitate cu abandonul copilului de către unul dintre părinți – M. Juston, *loc. cit.*

²³ Stabilirea locuinței alternativ la fiecare dintre părinți poate suscita o serie de dificultăți în stabilirea și executarea obligației de întreținere față de copil, precum și în materie de răspundere a părinților pentru fapta copilului. Potrivit art. 1.372 NCC, părintele, obligat să supravegheze un minor, răspunde pentru prejudiciul cauzat altuia de către copil, afară numai dacă probează că fapta copilului constituie urmarea unei alte cauze decât modul în care și-au îndeplinit îndatoririle decurgând din exercițiul autorității părintești. Cu privire la situația copiilor aflați în „custodie” comună internațională - inclusiv felul în care o atare măsură poate perturba funcționarea regulilor de drept internațional privat, a se vedea A. Boiché, *La résidence alternée en droit international privé (1)*, în A.J. Famille, nr. 12/2011, p. 585-589; pentru unele neajunsuri de ordin fiscal ale unei atare opțiuni, L. Kynci, J. Lojková, *Probleme juridice și financiare ale custodiei comune a copiilor*, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși”, Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 1/2009, p. 135-156.

²⁴ În cazul părinților aflați în divorț, același text legal – art- 400 NCC – este apt să ofere argumente atât pro, cât și contra soluției locuinței alternante: dispoziția cuprinsă în alineatul 1, acordă întâietate măsurii convenite de părinți – sub rezerva conformității cu interesul superior al copilului - , adică, implicit, inclusiv locuinței alternante a copilului; pe de altă parte, art. 400 alin. (1) și (2), statuând că instanța de divorț stabilește locuința copilului minor la părintele cu care locuiește în mod statornic sau, dacă până

la divorț a locuit cu ambii părinți, la unul dintre aceștia – ținând seama, și de astă dată, de criteriul interesului superior al copilului – ar reieși că, în baza acordului părinților sau în temeiul actului instanței, copilul va locui la unul dintre părinții săi.

²⁵ A se vedea Tribunalul București, secția a IV-a civ., dec. nr. 745 A din 03.10.2011 (dosar nr. 7632/303/2010), prin care instanța a luat act de *tranzacția* păților în sensul locuinței alternante a copiilor; în termenii înțelegerii intervenite, în toți anii impari, în prima jumătate a fiecărei luni, copiii locuiesc împreună cu tatăl lor, iar în a doua jumătate, împreună cu mama; complementar acestuia calendar, în anii pari, copiii vor locui cu mama în prima jumătate a lunii și cu tatăl în cea de-a doua jumătate. Schimbul de locuințe este planificat, și el, cu rigoare: se realizează la ora 12, la prânz, în cazul zilelor nelucrătoare, iar în cazul zilelor lucrătoare, părintele care-și încheie jumătatea de lună cu copiii îi duce pe aceștia la ora de începere a programului de la școală, iar părintele care își începe jumătatea de lună cu copiii îi preia pe aceștia de la ore la sfârșitul programului de școală.

²⁶ Pentru o amplă analiză a elementelor ce ar trebui avute în vedere în luarea măsurii locuinței alternante a copilului, a se vedea É. Mulon, *La résidence alternée*, Gazette du Palais, nr. 77/ 17. 03. 2012, p. 7- 18; A. Gabriel, C. Strugala, *La résidence alternée*, Gazette du Palais, nr. 246/ 03.09.2005, p. 4-18.

ARTICOLE

CULPA – COMUTATOR AL SARCINII RISCURILOR

Anca MIHAI*

Résumé : *La faute – commutateur de la charge des risques. Le contrat peut être défini comme un pari sur l'avenir, parce que personne ne peut savoir ce que le futur implique. Alors, que doit-on faire quand l'exécution d'un contrat est empêchée par un événement qui n'a pas été envisagé lors de la conclusion du contrat ? Et, plus difficile, qui supporte les risques dans l'hypothèse où le cas fortuit est précédé d'une faute contractuelle du créancier ou même du débiteur ? Pour répondre à ces questions, nous avons structuré notre étude en trois parties. Alors, au début nous avons parlé (1) de la question du transfert des risques de l'obligation corrélatrice du débiteur au créancier en faisant puis (2) une distinction entre les risques de l'obligation devenue impossible et ceux de l'obligation corrélatrice, tout en finalisant (3) avec la présentation de quelques exemples pratiques.*

Mots clés: *contrat; faute; risqué; cas fortuit*

Cuvinte cheie : *contract ; culpă ; riscuri ; caz fortuit*

Considerații generale

Riscul reprezintă șansa (sau mai degrabă neșansa) de a ajunge într-o primejdie, de a avea de înfruntat un necaz sau de suportat o pagubă, un pericol posibil, eventual, dar care nu este anticipat și luat în considerare ca atare la încheierea unui contract. Esențial este că evenimentul prejudiciabil excedează voințelor părților fiind determinat de cauze exterioare acestora.

În sens larg, prin noțiunea de „riscuri”, în plan contractual, ne referim la efectele prejudiciabile, ale unui eveniment exterior voinței părților contractante, asupra contractului și obligațiilor a căror sursă acesta este. În sens restrâns însă, prin această noțiune ne referim la un efect specific, anume la imposibilitatea de executare.

Evenimentele exterioare voinței părților luate în considerare în analiza riscurilor în contracte sunt cazul fortuit și forța majoră. Așadar, noțiunea de riscuri în contracte, la care ne vom referi în continuare, desemnează imposibilitatea de executare a unei obligații – efect prejudiciabil – datorată cazului fortuit sau forței majore.

I. Transferul riscurilor din sarcina debitorului în sarcina creditorului

1. Expunerea teoriei

Ca o primă observație dorim să subliniem că avem în vedere riscurile obligației corelative obligației imposibil de executat, doar acestea fiind *ab initio* în sarcina debitorului.

Considerăm că ori de câte ori se va constata în cursul contractului, că debitorul nu și-a putut îndeplini obligațiile din culpa creditorului, acesta din urmă va prelua riscurile obligației corelative. Astfel, chiar dacă la momentul constatării culpei creditorului, debitorul nu este liberat, el fiind ținut în continuare de obligațiile asumate, care cel puțin teoretic mai pot fi executate, acesta nu va mai suporta riscurile obligației corelative (care coincid cu riscurile contractului oneros). Dimpotrivă, acestea vor fi în sarcina creditorului, motiv pentru care, atunci când debitorul nu și-ar mai putea executa obligațiile din cauze fortuite, creditorul ar fi totuși ținut să execute obligația corelativă asumată.

Considerăm așadar, că temeiul pentru transferul riscurilor obligației corelative în sarcina creditorului este culpa acestuia și nu punerea sa în întârziere, cum ar rezulta din art. 1511¹. De altfel, fără o culpă contractuală care să preceadă punerii în întârziere a creditorului, aceasta ar fi lipsită de orice efecte în planul riscurilor².

2. Distincții: obligații de rezultat și obligații de diligență

După părerea noastră se impune o distincție între ipoteza obligațiilor de rezultat și cea a obligațiilor de diligență³. Astfel, dacă obligația de rezultat nu poate fi executată la un moment dat din culpa creditorului, iar ulterior acestui moment devine imposibil de executat din cauze fortuite, vom fi în sfera de incidență a riscurilor. În concret, atât riscurile obligației cât și cele ale obligației corelative, vor fi suportate de creditorul obligației imposibile⁴.

În situația obligațiilor de diligență credem însă că, atunci când culpa creditorului este urmată de un caz fortuit care nu mai permite executarea obligațiilor asumate de debitor, este discutabil dacă se va mai pune problema riscurilor.

Depunerea tuturor diligențelor reprezintă însăși executarea obligației, iar survenirea unui eveniment fortuit care face ca rezultatul preconizat și așteptat de

creditor să nu se mai producă, nu aduce în discuție teoria riscurilor – lipsește însuși evenimentul prejudiciabil. Aceeași este soluția și pentru ipoteza în care debitorul depune unele diligențe în vederea executării obligației, însă datorită culpei creditorului este împiedicat să continue, iar ulterior, datorită evenimentului fortuit îi este chiar imposibil. În această situație, însă soluția este datorată considerării ca executată a obligației și nu executării sale *stricto sensu*. Așadar, creditorul va fi ținut la executare în considerarea faptului că debitorul a executat sau se consideră că a executat și nu urmare a unui transfer al riscurilor.

Totuși, atunci când culpa creditorului nu a fost precedată de depunerea unor diligențe de debitor, iar ulterior survine un eveniment fortuit care face ca obligația de mijloace să fie imposibil de executat⁵, vom fi în sfera de aplicare a teoriei riscurilor.

3. Culpa creditorului – temei pentru inversarea sarcinii riscurilor obligației corelative

3.1. Neîndeplinirea unor obligații pozitive de creditor

Modalitatea culpei, constituită în neîndeplinirea unor obligații pozitive de creditor se suprapune peste prevederile art. 1510, motiv pentru care nu vom insista asupra ei. Vom menționa doar că se referă la neîndeplinirea de creditor a unor acte pregătitoare executării obligațiilor de debitor sau la refuzul acceptării plății oferite de debitor.

Unica rațiune pentru care, odată pus în întârziere, creditorul preia riscurile imposibilității de executare este culpa acestuia. O punere în întârziere, în absența unei culpe care să o preceadă, nu ar putea avea aceste consecințe, deși aplicarea *ad litteram* a textului art. 1511 face ca această chestiune să fie cel puțin discutabilă.

Având în vedere aceste considerente, în opinia noastră se impune soluția conform căreia pentru inversarea sarcinii riscurilor este suficientă culpa creditorului nefiind necesară punerea lui în întârziere, aceasta putând avea eventual consecințe doar în plan probatoriu.

3.2. Nerespectarea unor obligații de a nu face de creditor

Orice raport contractual este un raport fiduciar ceea ce înseamnă că executarea cu bună-credință a obligațiilor este un imperativ inerent forței obligatorii a contractului. Astfel, ori de câte ori prin fapta sa culpabilă creditorul îngreunează executarea obligațiilor de debitor acesta își încalcă obligația generată. Atunci când debitorul mai este ținut de obligații pozitive a căror executare este împiedicată într-o primă fază,

temporar, prin nerespectarea obligațiilor de a nu face de creditor, iar într-o a doua fază, prin survenirea unor evenimente fortuite, vom fi în sfera de incidență a riscurilor.

În acest context, considerăm că se impune recunoașterea unei excepții de la regula recunoscută pentru riscurile obligației corelative. Astfel, creditorul ar trebui să fie ținut să suporte riscurile imposibilității de executare, mai ales că, cu privire la obligațiile de a nu face⁶, este prevăzută punerea de drept în întârziere, ne mai fiind necesară discuția de la punctul precedent.

3.3. Neexecutarea obligațiilor *stricto sensu* de creditor

În acest context ne referim la neexecutarea obligațiilor asumate în contrapartidă de creditor, discuția fiind valabilă deci, doar pentru ipoteza contractelor oneroase.

Ori de câte ori creditorul, debitor la rândul său, refuză executarea obligațiilor sale corelative, debitorul poate refuza executarea, invocând excepția de neexecutare (art. 1556). Problema care se pune este aceea de a ști cine va suporta riscurile imposibilității de executare pentru ipoteza în care obligațiile debitorului, care invocă excepția de neexecutare, devin imposibil de executat ulterior invocării acesteia.

Considerăm că suntem în prezența unei excepții de la regula generală deoarece soluția contrară ar echivala cu sancționarea celui care invocă *exceptio non adimpleti contractus*, tocmai pentru exercitarea acestui drept – s-ar prelungi obligația acestuia de a suporta riscurile și ulterior scadenței, deși neexecutarea nu-i este imputabilă. Astfel, riscurile obligației corelative obligației imposibile vor fi suportate de creditor, bineînțeles sub dubla rezervă, (1) de a se fi respectat condițiile de invocare a excepției și (2) de a se fi constatat culpa creditorului în contra căruia se invocă excepția.

4. Concluzii

Refuzul de a accepta plata, neexecutarea unor acte pregătitoare, neîndeplinirea unor obligații de a nu face, neexecutarea obligațiilor *stricto sensu*, toate acestea sunt constitutive de culpă pentru creditor.

Respectarea literei art. 1511 face ca atunci când, ulterior faptei culpabile comise/omisive a creditorului care împiedică executarea obligațiilor de debitor, intervine un caz fortuit care face executarea obligațiilor debitorului imposibilă, riscurile obligației corelative să fie suportate de debitor pentru simplul fapt că acesta nu a depus diligențele necesare în sensul punerii în întârziere a creditorului.

Culpa creditorului, astfel cum a fost prezentată, constituind un impediment la executarea obligațiilor de debitor, echivalează însă, cu refuzul creditorului de a executa obligațiile sale, fapt care lipsește de orice finalitate punerea în întârziere a acestuia. (Care ar mai fi scopul punerii în întârziere a creditorului obligației imposibile când deja se știe că acesta nu va executa?)

Mai mult, art. 1524 prevede că debitorul poate să scape de toate consecințele nefaste ale neexecutării, deci inclusiv de sarcina riscurilor, atunci când a făcut creditorului o ofertă de executare a obligațiilor sale. Considerăm că acest articol este aplicabil în toate cele trei ipoteze de culpă a creditorului (poate mai puțin în cazul nerespectării obligațiilor de a nu face, dar în acest caz punerea în întârziere nu pune probleme), fiecare dintre acestea presupunând că debitorul este gata să execute obligațiile asumate precum și că acest lucru este cunoscut de creditor.

Cu toate acestea, dacă se vrea o interpretare literală a textelor Codului civil, subliniem că nu se prevede ca o condiție pentru punerea în întârziere, existența posibilității de executare a obligațiilor. Aceasta este doar o condiție subînțeleasă, notificarea debitorului fiind inutilă în caz contrar⁷.

Formal și pentru a fi recunoscute efectele art. 1511 – transferul riscurilor, s-ar putea recunoaște posibilitatea punerii în întârziere în pofida faptului că obligația nu mai poate fi executată. Nu există însă rațiune (cu excepția art. 1511) pentru care să legăm inversarea sarcinii riscurilor de un moment care practic nu înseamnă nimic: punerea în întârziere.

Așadar, ori de câte ori se va putea constata că, anterior intervenirii evenimentului fortuit care a făcut ca executarea obligațiilor de debitor să fie imposibilă, a existat o astfel de culpă, creditorul va prelua riscurile obligației corelative și, în consecință, va fi obligat să execute, cauza sa regăsindu-se chiar în culpa contractuală. Consecința a acestei soluții, contractul va fi menținut ca sursă a obligației corelative celei imposibile.

II. Riscurile în contracte: riscurile obligației imposibil de executat, riscurile contractului

1. Riscurile obligației imposibil de executat

Ce presupune suportarea riscurilor obligației imposibil de executat? Credem că aceasta se reduce la suportarea tuturor consecințelor neexecutării obligației imposibile.

Care sunt în concret, aceste consecințe? Pentru debitor acestea ar putea consta în: (1) posibilitatea de a fi obligat să execute prin echivalent, (2) posibilitatea de a fi obligat să suporte toate prejudiciile cauzate creditorului prin neexecutare, prejudicii care s-ar putea concretiza în pierderea cheltuielilor efectuate cu executarea propriilor

obligații atunci când acestea există, pierderea afacerii în care prestația imposibilă este doar o piesă din angrenaj, pierderea timpului care va fi alocat pentru un nou contract, pierderea diferenței de preț/ avantaj în ipoteza în care contractul inițial a fost încheiat în condiții mai avantajoase pentru creditor⁸.

Debitorul nu va suporta niciodată aceste consecințe în mod cumulativ deoarece executarea prin echivalent aneantizează existența celorlalte prejudicii potențial înregistrate de creditor. Creditorul obligației imposibil de îndeplinit va fi obligat să execute (în cazul contractelor oneroase), deci nu vor mai exista prejudicii imputabile debitorului rezultate din cheltuielile efectuate cu executarea propriilor obligații – corelative (cheltuieli care ar fi inutile tocmai datorită faptului că obligația nu ar mai trebui executată).

De asemenea, nu ar exista cauză pentru suportarea acestora în mod cumulativ. Executarea prin echivalent presupune executarea contraprestației de cocontractant (creditor al obligației executate prin echivalent), neputând fi solicitată în caz de desființare a contractului, ipoteză în care contraprestația nu mai e datorată. Atunci când executarea prin echivalent nu satisface creditorul, debitorul va suporta, sub forma de daune-interese, cealaltă categorie de prejudicii, alternativă executării prin echivalent.

Pentru creditor, consecințele neexecutării ar putea consta în: (1) imposibilitatea de a obliga debitorul să execute prin echivalent, pierderea deci a prestației la care debitorul s-a obligat sau (2) suportarea prejudiciilor rezultate din neexecutare, detaliate mai sus.

Creditorul, când are sarcina de a suporta riscurile obligației, va suporta ambele categorii de prejudicii, în mod cumulativ, nepunându-se problema unei eventuale lipse a cauzei.

Care este soluția promovată de Codul civil – 2009 în această materie?

Art. 1634 prevede că „debitorul este liberat atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor altor evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul să fie pus în întârziere.”

Având în vedere că obligația debitorului a devenit imposibil de executat acesta nu va mai putea fi obligat să execute în natură. Soluția dată riscurilor obligației vine să răspundă tocmai la întrebarea: poate fi debitorul obligat să execute prin echivalent?

Repudiată de unii autori⁹, problema riscurilor obligației se pune totuși. Astfel, ne detașăm de opinia conform căreia obligația devenită imposibilă este stinsă și în consecință, nu se pune problema riscurilor. Dictionul *ad impossibilia nemo obligatur*, aplicabil și în faza de executare, presupune că debitorul nu va putea fi obligat să execute în natură, neputându-se face apel la acesta pentru a fundamenta o soluție cu privire la posibilitatea de a obliga debitorul să execute prin echivalent.

Conform articolului citat, în ipoteza imposibilității de executare, debitorul va fi liberat fără a se face distincție între liberarea de a executa în natură sau liberarea inclusiv de obligația de a executa prin echivalent. Având deci în vedere că textul de lege nu distinge considerăm că cea de-a doua soluție se impune, debitorului neputându-i-se solicita executarea în nicio formă.

Așadar, riscurile obligației imposibil de executat vor fi suportate de creditor (*res perit creditor*). Efect al acestei soluții dată riscurilor, nu vor putea fi pretinse nici daune-interese de creditor pentru eventualele prejudicii cauzate prin pierderea afacerii.

Este însă aceasta o regulă generală absolută? La fel ca majoritatea regulilor de drept și aceasta suportă excepții astfel cum urmează să arătăm.

1.1. Punerea în întârziere a debitorului

Punerea în întârziere este o noțiune bivalentă, într-un prim sens reprezentând un ansamblu de formalități care trebuie îndeplinite, iar într-un al doilea sens, substanțial, reprezintă o structură juridică prin care se constată existența pagubei datorată neexecutării.

Substanțial, punerea în întârziere are un caracter dualist, astfel încât vom putea vorbi de efecte care presupun culpa părții (curgerea daunelor-interese moratorii, cu privire la obligațiile de a face, transferul riscurilor de la o parte la o alta) și efecte pentru producerea cărora culpa este irelevantă.

Considerăm că pentru a putea provoca transferul riscurilor obligației imposibil de executat din sarcina creditorului în sarcina debitorului, punerea în întârziere trebuie să fie precedată de o culpă a acestuia în executarea obligației asumate și ulterior devenită imposibil de îndeplinit. Rațiunea pentru care transferul riscurilor este legat – legal, de punerea în întârziere a debitorului se regăsește în repudierea problemei probei culpei, punerea în întârziere prezumând-o.

După cum se poate observa, punerea în întârziere a debitorului nu este o condiție *sine qua non* a transferului riscurilor obligației imposibil de îndeplinit din sarcina creditorului în cea a debitorului, acesta putând avea loc și independent de îndeplinirea formalităților pe care punerea în întârziere le presupune, însă în această situație va fi necesară proba culpei. Logic, se poate deroga de la condiția îndeplinirii formalităților, dar nu și de la cea a existenței culpei, aceasta reprezentând condiția necesară a transferului riscurilor.

De asemenea, inevitabil se va pune și întrebarea: când are loc transferul riscurilor obligației imposibil de executat, știut fiind că problema suportării sarcinii riscurilor se va pune tot timpul *post factum*. Opinăm că transferul riscurilor operează din momentul în care debitorul săvârșește fapta culpabilă¹⁰, însă în cazul în care imposibilitatea de executare intervine ulterior punerii în întârziere, se va considera că acest transfer a operat doar la data punerii în întârziere pentru a se ușura sarcina probei, efectele fiind identice.

Art. 1525 prevede că debitorul răspunde pentru orice prejudiciu datorat chiar unui caz fortuit după punerea sa în întârziere, cu excepția cazului în care evenimentul fortuit îl exonerează de însăși executarea obligației – atunci când creditorul nu ar fi putut să beneficieze de executarea acesteia chiar dacă ar fi fost executată la scadență (art. 1634 al. 2).

Cu excepția situației prezentată mai sus, am putea deci afirma că punerea în întârziere constituie un vehicul al riscurilor obligației imposibil de executat din sarcina creditorului în sarcina debitorului? Soluția pare să se impună prin art. 1525 care prevede că debitorul va răspunde pentru orice prejudicii cauzate de un caz fortuit, așadar inclusiv pentru imposibilitatea de a executa în natură, putând deci fi obligat să execute prin echivalent.

Deși nu negăm faptul că ne situăm în sfera de aplicare a răspunderii contractuale, considerăm că sancțiunea aplicabilă se va concretiza chiar în transferul riscurilor¹¹, care va putea îmbrăca în această ipoteză două forme.

Astfel, având în vedere culpa debitorului în executarea obligației sale, creditorul va avea posibilitatea de a opta între: 1) executarea prin echivalent a obligației asumate de debitor, fapt care implică executarea obligației corelative de creditor (bineînțeles în ipoteza în care aceasta există) și 2) desființarea contractului cu acordarea de daune-interese. În ce se vor concretiza daunele-interese?

Credem că acestea nu vor putea reprezenta un echivalent al obligației debitorului, ci un echivalent al prejudiciului înregistrat de creditor (cheltuielile efectuate de creditor pentru executarea obligațiilor sale, cheltuielile efectuate de acesta pentru încheierea unui nou contract etc.). Posibilitatea de a pretinde aceste daune-interese se sprijină tot pe transferul riscurilor obligației în sarcina debitorului. În caz contrar, dacă riscurile obligației ar fi suportate de creditor, desființarea contractului nu ar da acestuia dreptul la despăgubiri, consecințele neexecutării, inclusiv prejudiciile rezultate din neexecutare, urmând a fi suportate de acesta.

Punerea în întârziere are, însă, aceste efecte indiferent de contextul în care se realizează?

În ipoteza în care independent de culpa debitorului obligația nu va putea fi executată¹² la scadență, art. 1525 nu va fi aplicabil, obligația fiind stinsă încă din momentul în care a devenit imposibilă din cauze fortuite, punând riscurile în sarcina creditorului¹³.

Aceeași să fie soluția și pentru situația în care debitorul nu execută la scadență, fiind în culpă, iar ulterior scadenței, dar anterior unei eventuale puneri în întârziere obligația sa devine imposibil de executat? Se va aplica regula generală – riscurile obligației vor fi suportate de creditor¹⁴? Se justifică aplicarea unui tratament diferențiat creditorilor aflați în situații similare în funcție de diligența acestora în a notifica debitorul?

Valoarea punerii în întârziere se verifică numai în ipoteza neexecutării temporare. Ori de câte ori se face dovada unei neexecutări totale, definitive și irevocabile, punerea în întârziere nu mai are semnificație¹⁵. Ar fi absurd să se acorde un termen pentru a executa ceva ce nu mai poate fi executat, iar refuzul de a executa, 1) oricum nu ar mai putea fi constatat deoarece prin ipoteză obligația nu mai poate fi obiectiv executată, 2) a fost deja constatat prin proba culpei¹⁶.

Acestui raționament i s-ar putea reproșa faptul că obligația a devenit imposibil de executat doar ulterior scadenței, iar prin depunerea de diligențe maxime creditorul ar fi putut evita o astfel de situație, l-ar fi putut pune în întârziere pe debitor anterior survenirii imposibilității. Dar este un asemenea raționament echitabil? Ni se pare evident că debitorul a beneficiat de un termen implicit între data scadenței și data la care obligația a devenit imposibil de executat, termen în care nu a executat, aspect care anulează orice pretenție de punere în întârziere.

În fine, încheiem analiza acestei ipoteze afirmând că atunci când debitorul nu își execută în mod culpabil obligațiile, iar ulterior acestea devin imposibil de executat din cauze fortuite, fără ca debitorul să fi fost pus în prealabil în întârziere cu privire la executarea acestora, el va putea fi totuși obligat să execute prin echivalent, nefiind aplicabil art. 1634. Bineînțeles, atunci când creditorul va opta pentru rezoluțiunea contractului, debitorul va fi silit să suporte cealaltă categorie de prejudicii ce rezultă practic în mod direct din desființarea contractului și doar indirect din neexecutarea obligațiilor de debitor

1.2. Punerea în întârziere a creditorului

Executarea obligațiilor asumate de debitor presupune un anumit comportament din partea creditorului. Atunci când creditorul, în mod culpabil, deviază de la conduita asumată în mod voluntar va prelua riscurile obligației corelative obligației imposibil de executat, fiind ținut să execute în pofida faptului că obligația cocontractantului său s-a stins ca urmare a imposibilității de executare.

Art. 1510 statuează că în ipoteza în care, „creditorul refuză în mod nejustificat plata oferită în mod corespunzător sau când refuză să îndeplinească acte pregătitoare fără de care debitorul nu își poate executa obligația”, acesta poate fi pus în întârziere. Astfel cum se prevede la art. 1469 al. 2) prin plată se înțelege „remiterea unei sume de bani sau, după caz, executarea oricărei alte prestații care constituie obiectul însuși al obligației”, realizată cu intenția de a stinge obligația (*animus solvendi*). Așadar, plata reprezintă executarea voluntară a obligației¹⁷.

De asemenea, art. 1511, prevede care sunt efectele punerii în întârziere a creditorului – preluarea riscurilor imposibilității de executare a obligației. Astfel cum am văzut însă, riscurile obligației imposibil de executat aparțin deja creditorului,

deci se pune întrebarea: la care riscuri se referă textul legal? Considerăm că textul de lege nu se poate referi decât la riscurile obligației corelative¹⁸, fiind deci aplicabil în cazul contractelor oneroase.

Conform art. 1511 acest transfer nu are loc decât în urma punerii în întârziere a creditorului, care în opinia noastră se impune a fi precedată de o culpă a acestuia, în caz contrar găsindu-ne deja în sfera de aplicare a teoriei riscurilor și a imposibilității de executare¹⁹. Considerăm că temeiul real al transferului riscurilor obligației corelative obligației imposibil de executat din sarcina debitorului în sarcina creditorului este culpa acestuia din urmă²⁰, care însă în absența îndeplinirii formalităților specifice punerii în întârziere trebuie probată.

1.3. Concluzii

Regula generală este că riscurile obligației imposibil de executat sunt suportate de creditorul obligației imposibil de executat, dar de la această regulă se poate deroga legal sau convențional.

Atunci când imposibilitatea de executare este precedată de o culpă a debitorului/ de o asumare a riscurilor obligației, chiar în absența unei relații de cauzalitate între fapta culpabilă a debitorului și evenimentul fortuit ce prilejuiește imposibilitatea de executare are loc un transfer al riscurilor imposibilității de executare a obligației din sarcina creditorului în sarcina debitorului. Soluția se concretizează în posibilitatea de obligare a debitorului de a executa prin echivalent ori (în ipoteza de culpă a debitorului) în obligarea acestuia de a suporta prejudiciile rezultate din desființarea contractului.

Consecința a transferului riscurilor obligației în sarcina debitorului este menținerea obligației corelative obligației imposibil de executat precum și a contractului cu excepția situației în care creditorul ar opta pentru rezoluțiune²¹, în ipoteza de culpă a debitorului.

Aceeași este soluția și pentru ipoteza de culpă a creditorului - menținerea contractului, distincția constând în faptul că în această ipoteză debitorul rămâne liberat de obligațiile sale, singurul ținut să execute fiind creditorul obligației imposibile care ajunge să suporte atât riscurile obligației imposibile cât și pe cele ale obligației corelative.

Care va fi însă soluția pentru ipoteza în care se constată o culpă atât în sarcina debitorului cât și în sarcina creditorului? Credem că în această ipoteză culpele părților se vor neutraliza și, în consecință, contractul se va desființa (rezoluționa, în terminologia Codului civil!) pentru imposibilitate de executare. Practic, în această ipoteză, riscurile se vor suporta conform regulilor generate, culpa părților (care trebuie însă, să poată fi constatată simultan atât din partea creditorului cât și din partea debitorului), manifestată anterior survenirii evenimentului fortuit, ne mai având nici o consecință.

2. Riscurile contractului

2.1. Riscurile contractului oneros

Încă dinainte de intrarea în vigoare a actualului Cod civil s-a afirmat că riscurile contractului sunt în sarcina debitorului obligației imposibil de executat²². Dar în concret ce presupune imposibilitatea de executare a contractului²³?

Neexecutarea contractului presupune nerealizarea scopului pentru care acesta a fost încheiat, nerealizare care poate deriva din neexecutarea obligațiilor contractuale. S-ar putea însă admite realizarea scopului contractual pentru una dintre părți și nerealizarea acestuia pentru cealaltă parte? Prelungirea ideii de cauză și în planul executării contractului²⁴ presupune că realizarea beneficiului rezultat din executarea contractului trebuie să fie bilaterală, realizarea acestuia doar pentru una dintre părți ducând la desființarea contractului, fiecare parte angajându-se în ideea că cealaltă parte se angajează la ceva, dar mai ales fiecare parte obligându-se având prefigurată executarea obligației de către cealaltă parte²⁵.

Așadar, chiar dacă una dintre părțile contractante mai este încă în măsură să execute obligațiile asumate, aceasta va fi liberată în măsura în care cealaltă a fost „exonerată” datorită evenimentului fortuit. Această soluție se impune tocmai pe temeiul dispariției cauzei.

În fine, riscurile imposibilității de executare a contractului (neexecutare datorată unor cauze fortuite) se identifică în acest context (al contractelor oneroase) cu riscurile obligației corelative obligației imposibil de executat²⁶, care sunt în sarcina debitorului obligației imposibil de executat (*res perit debitori*). Acesta nu va mai putea pretinde executarea obligației corelative (și nici eventualele cheltuieli pe care le-a făcut cu executarea propriilor obligații) căci aceasta va fi stinsă, motiv pentru care se afirmă că va suporta riscurile contractului.

2.2. Riscurile contractului gratuit

Problema riscurilor contractelor unilaterale cu titlu gratuit se suprapune peste cea a riscurilor obligației imposibil de executat. Astfel, am văzut că soluția pentru riscurile obligației este *res perit creditori*, obligația fiind stinsă, debitorul liberat. Având însă în vedere că în acest context unica obligație/ obligații care există este/ sunt în sarcina debitorului, iar aceasta/ acestea este/ sunt stinsă/ stinse, contractul se va desființa neputând fi menținut atât timp cât nu este sursa niciunei obligații.

Așadar, în cazul acestor contracte, nu se va pune problema riscurilor unei obligații corelative pentru simplul fapt că aceasta nu există, iar soluția dată riscurilor contractului va fi identică cu cea dată riscurilor obligației imposibil de executat – *res perit creditori*²⁷.

2.3. Concluzii

Res perit debitori sau *res perit creditori*, astfel se soluționează problema riscurilor în contracte, în funcție de caracterul oneros sau gratuit al contractului. Acestea nu reprezintă însă reguli absolute, unele limite ale acestora fiind evidențiate în cadrul analizei riscurilor obligației. Ceea ce vrem aici să subliniem este aplicarea teoriei riscurilor indiferent de caracterul oneros sau gratuit al contractului.

III. Aplicații

A. Contractele translativ de proprietate

1. Contractul de vânzare-cumpărare

Datorită legăturii care există între promisiunile de vânzare și contractul de vânzare-cumpărare vom vorbi mai întâi despre primele, urmând ca ulterior să încercăm analiza câtorva aspecte ale contractului de vânzare-cumpărare, relevante în acest context.

1.1. Promisiunile de vânzare

În cazul promisiunii unilaterale soluția diferă în funcție de calificarea dată obligației corelative dreptului potestativ. Astfel, s-a afirmat că deși obligația promitentului de a încheia contractul ar fi una de rezultat, aceasta ar fi executată prin simpla încheiere a antecontractului și că în consecință nici măcar nu se ajunge a se pune problema riscurilor, deoarece prin ipoteză avantajul a fost deja procurat²⁸.

Nu suntem de acord întru totul cu această opinie deoarece ar însemna ca dreptul de opțiune al beneficiarului opțiunii să fie golit de conținut. Ce folos mai are exercitarea opțiunii și „încheierea” contractului²⁹ dacă oricum bunul – obiect al promisiunii, nu mai există? Considerăm că obligația promitentului va putea fi considerată executată doar atunci și atât timp cât dreptul de opțiune există efectiv.

Considerăm că se impune a se face distincție între două ipoteze: 1) cea în care antecontractul este încheiat pentru un interval de timp nedeterminat; și 2) cea în care contractul de promisiune este încheiat pentru un termen determinat. În prima situație, dacă a trecut un interval de timp rezonabil în care opțiunea putea fi exercitată și în sensul încheierii contractului de vânzare, nu doar în sens contrar, obligația promitentului va fi considerată executată, în timp ce în cea de-a doua, se impune ca opțiunea să poată fi exercitată efectiv în întregul interval, pentru ca obligația să fie executată.

Atunci când se va constata că obligația promitentului nu a fost executată din cauze fortuite, se va pune problema riscurilor obligației, care vor fi suportate conform regulii generale, de creditorul beneficiar al promisiunii.

Dacă în promisiunea unilaterală se prevede și dreptul promitentului la contraprestație se va pune și problema riscurilor acesteia. Mai înainte însă de a da o soluție acestora credem că se impune a se preciza care este cauza acestei prestații? Considerăm că aceasta se va putea stipula cu titlu de indemnizație pentru indisponibilizarea bunului și având în vedere că aceasta este o obligație divizibilă, indemnizația va fi datorată proporțional cu intervalul de timp în care bunul a fost indisponibilizat. De altfel, și dacă spunem că indemnizația este datorată în primul rând cu titlu de contraprestație pentru dreptul de opțiune, soluția practică va fi aceeași doar că teoretic se va raporta la intervalul de timp în care opțiunea a putut fi în mod efectiv exercitată³⁰.

Conform regulii generale, riscurile obligației corelative, concretizată în obligația de a plăti o indemnizație, sunt în sarcina debitorului.

1. 2. Contractul de vânzare-cumpărare

a). Ipoteza în care bunul nu a fost predat

Considerăm că această situație pune cele mai puține probleme, art. 1274 reglementând-o expres din perspectiva problematicii riscurilor.

Cu privire la problema punerii în întârziere dorim să precizăm că în conformitate cu art. 1725, în cazul vânzării bunurilor mobile, cumpărătorul este de drept în întârziere cu privire la îndeplinirea obligațiilor sale dacă la scadență nici nu a plătit prețul și nici nu a preluat bunul. Așadar, atunci când nu a plătit prețul și refuză și preluarea bunului, cumpărătorul va fi de drept în întârziere, preluând și riscul pieririi fortuite a bunului.

De asemenea, al. 2) al aceluiași articol prevede punerea de drept în întârziere cu privire la obligația de preluare a bunurilor mobile supuse deteriorării rapide atunci când acestea nu au fost preluate la termen sau când s-a solicitat predarea fără a se fi plătit prețul scadent.

Cu privire la această ultimă ipoteză, credem că situația concretă la care se referă este aceea în care cumpărătorul solicită predarea, dar i se opune excepția de neexecutare a contractului, soluția fiind perfect echitabilă deoarece invocarea excepției este un drept al vânzătorului prin care se urmărește protecția intereselor acestuia și nu prelungirea unei situații care oricum este în defavoarea lui.

De asemenea, art.1694 prevede dreptul vânzătorului de a refuza predarea bunului pentru ipoteza în care prețul nu este plătit, chiar atunci când acesta este sub imperiul unui termen suspensiv, dacă respectivul cumpărător se află în

insolvabilitate. Considerăm că logica acestei prevederi se înscrie pe aceeași linie cu cea a excepției de neexecutare. În acest context considerăm că invocarea acestei excepții va duce și la preluarea riscurilor de către cumpărător, cu titlu de sancțiune.

b). Ipoteza în care proprietatea nu a fost transmisă

Aceasta presupune o executare anticipată a contractului care poate sau nu să fie asumată de debitorul-vânzător. Atunci când executarea anticipată a obligației de predare nu a fost asumată de debitor, acesta va putea solicita restituirea bunului, până la scadență, pe temeiul plății nedatorate³¹. Dacă bunul a pierit între timp, soluția care se va da cu privire la suportarea riscurilor este cea din materia restituirilor, reglementată de art. 1635 și urm. (acestea prevăd regula *res perit debitori* pentru cazul în care se pune problema restituirilor reciproce).

Dacă însă părțile și-au asumat obligația de executare anticipată a obligației de predare, respectiv a obligației de plată a prețului, restituirea acestor prestații nu va mai putea fi solicitată în baza plății nedatorate, condițiile acesteia ne mai fiind îndeplinite. Riscurile imposibilității de executare a obligației de transfer a proprietății – obligație de rezultat, vor fi suportate de vânzătorul - debitor, obligația ne mai putând fi executată³².

c). Cazul în care bunul este afectat de vicii ascunse

Referitor la această situație art. 1713 prevede că atunci când bunul care avea vicii ascunse piere chiar prin forță majoră, dobânditorul acestuia își păstrează dreptul de a obține remediile prevăzute la art. 1710, deci inclusiv rezoluțiunea³³, chiar dacă pierirea bunului nu se datorează sub nicio formă respectivelor vicii ascunse.

La aceeași soluție se ajunge și prin aplicarea normelor din materia restituirilor, care prevăd că atunci când cauza de restituire sau de desființare poate fi imputată uneia dintre părți aceasta va prelua riscurile imposibilității de executare. Astfel, dacă este vorba de partea care este obligată la restituire, aceasta va trebui să restituie prin echivalent, iar dacă este vorba de cealaltă parte aceasta va fi obligată totuși să restituie contraprestația, atunci când aceasta există, deși cealaltă parte rămâne liberată. Este deci o aplicație a teoriei conform căreia culpa provoacă inversarea sarcinii riscurilor.

2. Împrumutul de consumație

Conform art. 2160, prin încheierea valabilă a acestui contract, împrumutatul devine proprietar al bunului și suportă riscul pieririi acestuia. *Mutuum*-ul este însă un contract real a cărui încheiere valabilă presupune predarea bunului, așadar prin

art 2160 se creează doar o aparență de derogare de la art. 1274. În cazul acestui contract, odată cu încheierea sa nu se transferă doar proprietatea, ci și detenția, ne mai existând disociere între proprietate și riscuri.

De asemenea, pieirea bunului nu va mai produce consecințe decât în plan static, nu și în plan dinamic, deoarece împrumutul de consumație presupune restituirea unor bunuri de același fel, nu aceleași bunuri. Așadar, obligația de restituire va putea fi întotdeauna executată³⁴.

3. Donația

Ca o primă observație, subliniem că în opinia noastră contractul de donație excedează sferei de aplicare a art. 1274, acesta referindu-se la riscurile obligației corelative obligației imposibil de executat care sunt suportate de debitor până la executarea de către acesta a obligației de predare. În contractele gratuite obligația corelativă însă, lipsește, motiv pentru care evident, nu se pune problema suportării riscurilor acestei obligații și în consecință nici a aplicării art. 1274.

Cu privire la suportarea riscurilor în cadrul contractelor de donație menționăm că în ipoteza în care bunul – obiect al donației, piere înainte de a fi fost predat, riscurile bunului vor fi suportate de proprietarul - donatar, patrimoniul acestuia suportând diminuarea. Riscurile obligației imposibil de îndeplinit – obligația de predare, vor fi suportate de creditor, după regula generală, iar contractul se va desființa ne mai fiind sursa niciunei obligații.

Dintr-o altă perspectivă, s-ar putea susține că donatarul nu va putea pretinde valoarea bunului deoarece pentru executarea prin echivalent nu există *animus donandi*. Donatorul are intenție liberală doar cu privire la bunul – obiect al donației, în natura lui, nu și cu privire la echivalentul acestuia³⁵.

B. Contracte netranslative de proprietate

1. Contractul de locațiune

Obligațiile corelative și interdependente, specifice acestui contract, sunt asigurarea folosinței unui bun și respectiv obligația de plată a unei chirii periodice.

A. Conform art. 1818 „atunci când bunul este distrus în întregime sau nu mai poate fi folosit potrivit destinației sale” contractul se desființează. Acest articol ar părea să reglementeze chiar problema riscurilor contractului pentru ipoteza imposibilității de executare a obligației esențiale de locator. Cu toate acestea, textul nu distinge în funcție de cauza pentru care această obligație nu mai poate fi executată, punându-se deci în mod legitim, credem, întrebarea: se va aplica textul

de lege indiferent de contextul în care distrugerea/ pierderea destinației speciale a bunului survine?

Aliniatul 4) al aceluiași articolul 1818 pare să învedereze un răspuns afirmativ, cauzei distrugerii bunului nerecunoscându-i-se consecințe decât în planul răspunderii. Atunci când pieirea bunului este fortuită locatarul nu are dreptul la daune-interese, contractul desființându-se³⁶, în aparență cel puțin, indiferent de cauza dispariției bunului.

Ce se întâmplă însă în situația în care bunul piere/ își pierde destinația specială și din culpa locatarului – creditor al obligației de asigurare a folosinței? Nu ne referim aici neapărat la o culpă care să se afle în relație de cauzalitate directă cu distrugerea bunului/ pierderea destinației speciale a acestuia, ci la o culpă care spre exemplu, să constituie cadrul propice pentru survenirea unui eveniment fortuit.

Art. 1517 prevede că „o parte nu poate invoca neexecutarea obligațiilor celeilalte părți în măsura în care neexecutarea este cauzată de propria sa acțiune sau omisiune”, ceea ce exclude posibilitatea admiterii unei acțiuni de desființare/ constatare a desființării contractului³⁷ promovată de locatar în ipoteza în discuție.

De asemenea, în același sens, art. 1800 prevede că în situația în care locatarul schimbă destinația bunului astfel încât locatarul va fi prejudiciat, acesta din urmă va putea solicita inclusiv desființarea contractului. Astfel se exclude practic, extinderea sferei de aplicare a art. 1818 la ipoteza de culpă a locatarului.

Așadar, atunci când locatarul nu-și mai poate executa obligațiile din culpa locatarului contractul nu va fi desființat, ci dimpotrivă va fi menținut, iar dacă împiedicarea locatarului este doar una temporară acesta va fi obligat să își execute obligațiile, doar că cu întârziere – atunci când împiedicarea încetează, fără a putea fi obligat la daune-interese moratorii. Dimpotrivă, locatarul va putea fi obligat la plata de daune-interese, dacă este cazul.

B. Transferul riscurilor obligației de asigurare a folosinței în sarcina locatarului

Subliniem că ipoteza în discuție presupune existența culpei locatarului urmată de un eveniment fortuit care face obligația debitorului imposibil de executat. Distingem deci această ipoteză de cea în care culpa locatarului determină în mod exclusiv neexecutarea obligațiilor de către locator – caz în care vom vorbi strict de răspundere contractuală³⁸.

Având în vedere că obligația de asigurare a folosinței unui bun cu destinație specială înglobează atât obligații de rezultat, cât și obligații de diligență, credem că în funcție de situația din speță ne-am putea regăsi sau nu în sfera de aplicare a teoriei riscurilor³⁹.

Astfel, pentru exemplificare, putem considera speța în care, urmare a culpei locatarului, sunt pierdute autorizațiile de funcționare ale unui imobil cu destinație specială, care a făcut obiectul unui contract de locațiune. Ulterior acestui eveniment și anterior existenței posibilității de dobândire a unor autorizații noi a intervenit o lege care interzice acordarea de noi autorizații pentru funcționarea respectivelor locații, pe cele existente considerându-le valabile. Considerăm că în această ipoteză nu avem o neexecutare din partea debitorului– locator deoarece ne aflăm în sfera obligațiilor de mijloace care atunci când debitorul depune toate diligențele sunt executate⁴⁰. Așadar, contractul va fi menținut, locatarul fiind obligat să plătească chiriile în cuantumul stabilit, chiar dacă practic pentru el folosirea bunului este lipsită de orice utilitate.

În situația în care obligația de punere la dispoziție a bunului – obligație de rezultat⁴¹, devine imposibil de executat se va pune problema riscurilor. Astfel, în situația în care se închiriază un imobil cu destinația de locuință, iar locatarul, neavând acordul proprietarului schimbă această destinație în bar, iar în acest context, imobilul este distrus complet – să presupunem că prin incendiere, focul fiind provocat de clienți recalcitranți aflați în stare de ebrietate, fiind deci întrunite condițiile cazului fortuit⁴² - vom fi în câmpul de aplicare al riscurilor în contracte.

Cine va suporta riscurile contractului în această ipoteză? Sarcina riscurilor obligației corelative va fi inversată. Astfel, dacă în regulă generală aceasta este suportată de debitorul-locator, în ipoteza de culpă a locatarului acesta o va prelua.

Această concluzie se desprinde din reglementarea menținerii contractului de locațiune pentru ipoteza de pierdere a destinației speciale din culpa locatarului, precum și din art. 1511.

Dorim să subliniem că în exemplele de mai sus culpa creditorului obligațiilor imposibil de executat s-a materializat în neexecutarea unor obligații de a nu face – de a nu schimba destinația, de a folosi bunul ca un bun proprietar, caz în care creditorul (debitor cu privire la respectivele obligații) este de drept în întârziere.

Considerăm că și obligația locatarului de a plăti chiria ar putea deveni imposibil de executat mai ales dacă aceasta presupune obligația de a da bunuri generice a căror proveniență dintr-un lot determinat este prevăzută în contract. Pieirea întregului lot duce la stingerea acestei obligații, concluziile de mai sus fiind valabile, *mutatis mutandis*, și în acest caz.

2. Contractul de antrepriză

A. Despre riscuri

Obligațiile specifice contractului de antrepriză sunt: 1) obligația antreprenorului de a executa o anumită lucrare/ de a presta un serviciu, 2) obligația beneficiarului de a plăti o sumă de bani sau alte bunuri/ prestații. Bineînțeles că acest contract

presupune și predarea lucrării, putând avea chiar și caracter translativ, însă considerăm că acest aspect prezintă puțină relevanță sub aspectul analizat.

Una dintre specificitățile contractului de antrepriză este faptul că ceea ce trebuie executat de către antreprenor prin definiție, nu poate exista la momentul încheierii contractului, ceea ce înseamnă că rezultatul a „ceea ce trebuie executat” – lucrarea, nu poate fi considerat un bun individual determinat. Consecință a acestui fapt, obligația antreprenorului va deveni imposibil de executat doar atunci când lucrarea nu mai poate fi executată sau serviciul nu mai poate fi prestat.

Așadar, atunci când lucrarea executată piere fortuit nu vom fi în sfera de aplicare a teoriei riscurilor contractuale, ci eventual se va pune problema riscului bunului – lucrare, care dacă aceasta a pierit anterior recepției va fi suportat de antreprenor (art. 1878 reglementează deci problema riscului lucrării și nu a contractului).

Astfel, va exista imposibilitate de executare a contractului doar în cazul contractelor *intuitu personae*, când a intervenit moartea antreprenorului/ incapacitatea acestuia de a executa. De asemenea, credem că vom fi în ipoteza imposibilității de executare și atunci când urmare a unor cauze fortuite lucrarea a pierit, iar o refacere a acesteia este imposibilă tot din cauze fortuite (lucrarea consta în construirea unui etaj suplimentar unei clădiri, dar urmare a unui cutremur, întreaga clădire a fost distrusă. Bineînțeles că ipoteza devine extrem de discutabilă atunci când beneficiarul lucrării înțelege să refacă clădirea respectivă. Totuși, credem că soluția se menține, respectiva clădire fiind privită la încheierea contractului de antrepriză, ca un bun individual determinat).

Art. 1871 prevede că în aceste ipoteze contractul este desființat, deci obligația imposibilă - de a realiza lucrarea, este stinsă, ceea ce înseamnă că riscurile obligației sunt în sarcina creditorului, beneficiar al lucrării.

Și în privința riscurilor obligației corelative se va aplica regula generală, art. 1871 prevăzând obligația beneficiarului de a plăti, în proporție cu prețul convenit, valoarea lucrărilor efectuate și a cheltuielilor făcute în vederea finalizării lucrării, însă numai în măsura în care aceste lucrări și cheltuieli îi sunt de folos. Aceasta nu înseamnă o derogare de la regula de soluționare a riscurilor obligației corelative (*res perit debitori*), ci o atenuare a acestei reguli pentru cazul când executarea parțială a obligațiilor antreprenorului îi sunt de folos beneficiarului⁴³.

B. Ipoteza de culpă a beneficiarului – creditor

a) Cazul în care materialele sunt furnizate de beneficiar

Art. 1860 al. 2) prevede că în ipoteza în care lucrarea piere fortuit, deci nu din cauza unor vicii ale materialelor furnizate de beneficiar, antreprenorul va fi obligat să refacă lucrarea, beneficiarul nefiind deci obligat decât să furnizeze alte

materiale (riscul pieirii materialelor este suportat deci, de proprietar). În ipoteza în care lucrarea pierde însă, din cauza viciilor materialelor aceasta va fi refăcută pe cheltuiala beneficiarului. Deci în acest caz riscul lucrării va fi preluat de beneficiar.

Considerăm că această dispoziție este aplicabilă atunci când antreprenorul nu ar fi putut prevedea că trăinicia lucrării va fi afectată din cauza viciilor materialelor, în caz contrar aplicându-se art. 1858, fiind necesară deci informarea beneficiarului de către antreprenor. Absența acestei informări ar face ca riscul lucrării să fie totuși în sarcina antreprenorului.

b) Cazul neluării măsurilor necesare de beneficiar, prevăzut de art. 1859

Astfel, atunci când deși informat cu privire la faptul că normala executare a lucrării, trăinicia acesteia, folosirea potrivit destinației ei este primejduită din cauza: materialelor procurate de beneficiar, instrucțiunilor necorespunzătoare date de acesta, existenței sau ivirii unor împrejurări pentru care antreprenorul nu este ținut să răspundă, beneficiarul nu ia măsurile necesare într-un termen rezonabil, acesta va prelua riscul lucrării și deci refacerea acesteia se va executa pe cheltuiala sa.

c) Ipoteza culpei beneficiarului cu privire la obligația de recepție

Art. 1862 prevede că atunci când, fără motive temeinice, beneficiarul nu se prezintă sau nu comunică neîntârziat antreprenorului rezultatul verificării, lucrarea se socotește recepționată fără rezerve, riscul lucrării trecând în sarcina beneficiarului.

Doar în cazul în care ulterior manifestării acestei culpe (menționată la lit. a),b),c) de mai sus) intervine și o imposibilitate de executare a contractului datorată unor evenimente fortuite – moartea antreprenorului spre exemplu, în cazul contractelor *intuitu personae*, se va pune problema riscurilor obligațiilor contractuale, în speță fiind suportate de beneficiarul-creditor, datorită culpei menționate, având deci loc o inversare a sarcinii acestora. Este vorba de riscurile obligației corelative obligației imposibil de executat, ceea ce s-ar traduce prin menținerea obligației beneficiarului de a plăti antreprenorului remunerația.

IV. Concluzii finale

Riscul reprezintă un eveniment prejudiciabil, o pagubă cauzată de evenimente fortuite. În contracte, discuția pe tema riscurilor poate fi purtată pe două planuri.

Într-un prim plan vorbim de riscurile obligației care în regulă generală sunt suportate de creditor (*res perit creditori*). De la această regulă există bineînțeles și excepții: 1) atunci când cazul fortuit⁴⁴ este precedat de o culpă a debitorului cu

privire la executarea la scadență a obligației, 2) atunci când debitorul își asumă o obligație de garanție pentru cazuri fortuite. Efectele soluției de excepție sunt menținerea obligației corelative, obligarea debitorului de a executa prin echivalent, menținerea contractului.

Într-un al doilea plan, vorbim de riscurile contractului oneros sau de cele ale obligației corelative, care în regulă generală sunt suportate de debitor (*res perit debitori*). Bineînțeles că și această regulă suportă excepții – ipoteza de culpă a creditorului care precede cazul fortuit, ce face ca obligația debitorului să fie imposibil de executat. Efectele acestei soluții sunt menținerea contractului, dar liberarea debitorului, singurul obligat să își execute obligațiile fiind creditorul obligației imposibile.

Care este raportul între cele două planuri de analiză a riscurilor? Considerăm că cele două categorii de riscuri se intercondiționează. Astfel, riscul bunului, concretizat în pierderea sa fortuită, determină imposibilitatea de executare a obligației al cărei obiect este respectivul bun. De asemenea, în funcție de soluția dată riscurilor obligației imposibile se va soluționa și problema riscurilor obligației corelative (acestea vor fi în sarcina debitorului dacă riscurile obligației imposibile sunt suportate de creditorul acestei obligații, cum se întâmplă de regulă).

Mai mult decât atât, în contractele translativă, soluția dată riscului bunului împietăză asupra riscurilor obligației corelative celei imposibile. Astfel, dacă s-ar stabili că riscul bunului este în sarcina creditorului obligației imposibile (de transfer a proprietății sau de predare), acesta ar fi ținut să execute obligațiile asumate tocmai în considerarea faptului că riscul bunului este în sarcina sa, mecanismul fiind similar ipotezei de asumare a unei obligații de garanție (așadar ar suporta riscurile obligației corelative).

Codul civil prevede expres, însă prin art. 1274, că riscul bunului este în sarcina debitorului obligației imposibile, normă care soluționează practic și chestiunea de a ști cine suportă riscurile obligației corelative celei imposibile – debitorul. În consecință, fiind dispărută cauza obligației corelative, prin stingerea obligației imposibile, se va stinge și aceasta, și contractul.

În contractele netranslativă, dacă riscul bunului nu este suportat de proprietar sau de cel care pune la dispoziție bunul, ci de cealaltă parte (cum se întâmplă în ipoteza de culpă a acestuia care precede cauza fortuită), în ipoteza pieririi bunului aceasta va fi obligată să remită proprietarului/ cocontractantului, echivalentul valorii bunului, deci problema nu se va soluționa prin recursul la riscurile obligațiilor⁴⁵.

Cu privire la interdependența dintre riscurile obligațiilor, de subliniat că o soluție contrară dată uneia poate influența soluția dată celeilalte. Astfel, atunci când datorită culpei debitorului, riscurile obligației imposibile sunt suportate de acesta, riscurile obligației corelative nu vor mai apărea datorită faptului că nu se mai pune problema dispariției cauzei, debitorul fiind ținut să execute prin echivalent.

Logic, nu vom mai vorbi nici de riscurile contractului, care se menține, ne mai fiind desființat.

Culpa creditorului determină și ea o inversare a sarcinii riscurilor obligației corelative de această dată, ceea ce înseamnă menținerea contractului, dar liberarea debitorului, singurul obligat să execute fiind creditorul.

Subliniem că temeiul pentru inversarea sarcinii riscurilor este culpa, nu punerea în întârziere, rațiunea art. 1511 fiind dorința de a sancționa culpa părții⁴⁶.

În final dorim să subliniem că în opinia noastră soluția dată riscurilor în contractele oneroase evidențiază regula aplicabilă încheierii acestora. Așadar, dacă pentru încheierea valabilă a acestora se impune existența unei reciprocități a avantajelor, în egală măsură pentru soluționarea problemei riscurilor se impune respectarea acestei reguli. Astfel, chiar dacă riscurile obligației sunt suportate de creditor, pierderile vor fi reciproce, debitorul fiind lipsit de prestația datorată. Atunci când riscurile obligației sunt suportate de debitor, creditorul va fi lipsit de executarea în natură, avantajul nefiind deci cel preconizat.

BIBLIOGRAFIE

a) Din România

1. Gh. Aurelian, „Efectele neexecutării contractelor sinalagmatice”, Ed. Universul Juridic, București, 2010;
2. B. Dumitrache, „Consecințele ineficacității contractelor”, AUB – 2001;
3. Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, „Drept civil. Obligațiile”, Ed. Wolters Kluwer, 2010;
4. L. Pop, „Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. I”, Ed. C.H.Beck, București, 2006;
5. L. Pop, „Tratat de drept civil. Obligațiile. Vol. II. Contractul”, Ed. Universul Juridic, București, 2009;
6. P. Vasilescu, „Drept civil. Obligații”, Ed. Hamangiu, București, 2012;
7. V. Stoica, „Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile”, Ed. All Educațional, București, 1997;

b) din Franța:

1. H. Capitand, „De la cause des obligations”, Ed. Librairie Dalloz, Paris, 1923;
2. F. Laurent, „Principes de droit civil”, tome 17, A. Durand & Pedone Lauriel, Bruxelles, Bruylant Christophe & Comp, Paris, 1875;
3. L. Thibierge, „Le contrat face à l'imprévu”, Ed Economica, Paris, 2011;
4. Le Tourneau Ph., „Droit de la responsabilité et de contrats”, Ed. Dalloz, Paris, 2000.

Bibliografie specială:

1. V. Babiuc, „*Riscurile contractuale în vânzarea cumpărarea internațională*”, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1982;
2. G.Al. Ilie, „*Probleme speciale privind riscurile în contractele netranslative de proprietate*”, RRD nr. 5/2011;
3. G.Al. Ilie, „*Riscurile în contracte*”, Editura Universul Juridic, București, 2012.

* Studentă, anul IV, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; anca.mihai21@yahoo.com.

¹ Menționăm că toate articolele la care ne vom referi în continuare provin din Codul civil - 2009.

² Pentru referiri cu privire la efectele punerii în întârziere în planul riscurilor, a se vedea II, pct. 1.1.

³ A se vedea V. Babiuc, op.cit. pg. 192, unde se arată că doar în ipoteza obligațiilor de rezultat se va pune problema riscurilor, obligația de diligență neputând deveni imposibilă.

⁴ Pentru exemplificare, vom considera obligația de predare a unui bun. Dacă creditorul acestei obligații va refuza să preia bunul, iar ulterior acesta va pieri fortuit, respectivul creditor va suporta riscurile contractului, deci va fi ținut să execute obligația corelativă celei imposibile atunci când aceasta există.

⁵ Cu privire la imposibilitatea de executare în ipoteza obligațiilor de mijloace este de subliniat că aceasta poate rezulta din dispariția tuturor mijloacelor prin care respectivele obligații pot fi îndeplinite. Bineînțeles că atunci când în contract s-a prevăzut expres ca fiind agreat un anumit mijloc de executare a obligațiilor, iar ulterior acesta dispare, va fi deja aplicabilă teoria riscurilor, obligațiile considerându-se imposibil de îndeplinit. Pentru detalii L. Thibierge, op.cit., pg. 342.

⁶ Pentru exemple, a se vedea cap. III, litera B.

⁷ Subliniem că și creditorul poate fi considerat debitor cu privire la obligațiile sale de a accepta plata, de a îndeplini actele pregătitoare executării obligațiilor de debitor, cu privire la obligațiile de a nu face și bineînțeles cu privire la obligațiile sale stricto sensu, corelative obligațiilor debitorului.

⁸ G. Al. Ilie, „*Probleme speciale ...*”, pg. 61.

⁹ Gh. Aurelian, op.cit. 2010, pg. 167, conform căruia nu se va pune problema riscurilor obligației deoarece aceasta s-a stins. De asemenea autorul afirmă aplicabilitatea teoriei riscurilor doar în cazul contractelor bilaterale. În același sens L Pop, op.cit., 2009, pg. 765.

¹⁰ În situația în care fapta culpabilă este comisă anterior scadenței, fiind urmată, tot anterior scadenței, de un eveniment neprevăzut care face obligația imposibil de executat, debitorul nici nu va putea fi pus în întârziere. Considerăm însă că transferul riscurilor va avea loc în temeiul culpei debitorului.

¹¹ Pentru o opinie în sens contrar a se vedea G.Al. Ilie, „*Riscurile în contracte*”, pg. 52. Conform acestuia „dacă împrejurarea exterioară și invincibilă este ocazionată tocmai de comportamentul debitorului, or intervine după ce acesta a fost pus în întârziere, exonerarea de răspundere nu operează, iar teoria riscurilor contractuale nu funcționează.” De asemenea constatăm o anumită contradicție în afirmațiile autorului față de statuarea acestuia de la pagina 29, op. cit., unde acesta înțelege să precizeze că „scopul categoriei, riscul obligației, este de a răspunde la întrebarea dacă debitorul este exonerat sau nu de obligația sa”, de unde concluzia că problema riscului obligației se pune indiferent de răspunsul la întrebarea: este debitorul exonerat de obligația sa? De asemenea, în cazul neîndeplinirii obligațiilor prealabile/ obligației de preluare de către creditor autorul este de părere că are loc un transfer al riscurilor obligației corelative obligației imposibil de executat, dacă în prealabil acesta a fost pus în întârziere. Nu putem să nu ne întrebăm, în această ipoteză nu se mai pune exclusiv doar problema imputabilității doar pentru că în Codul civil se prevede expres transferul riscurilor, premisa fiind tot culpa, doar ca de data asta a creditorului?

¹² A se vedea, B. Dumitrache, op. cit., AUB – 2001, unde se precizează că vom fi în prezența caducității atunci când evenimentul fortuit ce determină imposibilitatea de executare, precede scadența obligației.

- ¹³ În aceasta situație, punerea în întârziere este lipsită de orice efecte indiferent dacă pentru producerea acestora este sau nu necesară culpa părții.
- ¹⁴ G.-Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 65, cu privire la această ipoteză se afirmă că suntem în ipoteza imputabilității – obligatia devenind imposibil de executat ulterior scadenței, și nu a teoriei riscurilor, citându-se și o sentință a Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă CCIR nr. 30 din 11 iulie 1994, regăsită în „*Jurisprudența Comercială Arbitrală 1953-2000*”, București, 2002, pg. 102, care face însă referire la faptul că „exonerarea de răspundere pentru forță majoră se exclude ori de câte ori evenimentul imprevizibil și de neînviș a avut loc la o dată când debitorul care o invocă se află în întârziere cu executarea propriei obligații.” (s.n.). Considerăm că hotărârea la care se face trimitere nu este deosebit de relevantă deoarece a exclude exonerarea debitorului nu înseamnă neapărat respingerea teoriei riscurilor, astfel cum am arătat deja, iar pe de altă parte deoarece hotărârea se referă la situația în care debitorul a fost pus în întârziere.
- ¹⁵ V. Stoica, *op. cit.*, pg. 67.
- ¹⁶ *Idem*, pg. 102.
- ¹⁷ P. Vasilescu, *op. cit.*, pg. 69.
- ¹⁸ În același sens, G.-Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 68.
- ¹⁹ Pentru detalii cu privire la temeiul transferului riscurilor, a se vedea II, pct. 1.1. Deși în respectiva secțiune, ne-am referit la punerea în întârziere a debitorului și la transferul riscurilor obligației imposibil de executat, observațiile de acolo se mențin, *nutatis mutandis* și în acest context.
- ²⁰ Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, pg. 500 și urm, unde se precizează că rațiunea pentru care punerea în întârziere a creditorului duce la transferul riscurilor în sarcina sa este ideea de culpă a acestuia. Pentru opinia conform căreia debitorul va fi exonerat de răspundere doar în ipoteza în care fapta victimei îndeplinește condițiile forței majore, în caz contrar putând fi tras la răspundere, Le Tourneau Ph., *op. cit.*, pg. 431.
- ²¹ Subliniem că în acest caz creditorul nu ar putea obține decât daune-interese pentru prejudiciul provocat, altul decât neexecutarea *stricto sensu* a obligației. Pentru detalii, supra II, pct. 1.1.
- ²² L. Pop, *op. cit.*, 2000, pg. 93, cu referire la contractele sinalagmatice.
- ²³ L. Pop, *op. cit.*, pg. 531 și urm, unde se precizează că riscurile imposibilității de executare vor fi suportate de debitor și că acestea presupun și suportarea cheltuielilor efectuate în vederea executării obligației care a devenit imposibil de executat și a prejudiciilor provocate prin stingerea obligației corelative.
- ²⁴ H. Capitant, *op. cit.*, pg. 248 și urm.
- ²⁵ Pentru critica acestei fundamentări a teoriei riscurilor și alte teorii referitoare la fundamentul riscurilor în contracte, G.-Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 116.
- ²⁶ G.-Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 28.
- ²⁷ P. Vasilescu, *op. cit.* pg. 512, în același sens și G. Al. Ilie, *op. cit.* pg. 70.
- ²⁸ G. Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 229 și urm.
- ²⁹ De altfel în ipoteza în care s-ar opta pentru încheierea contractului, promitentul vânzător ar fi ținut de o obligație de a face – de a încheia contractul de vânzare, obligație, care având în vedere pieirea bunului, este imposibil de executat. În sensul că odată cu pieirea bunului promisiunea este caducă, a se vedea, B. Dumitrache, *op. cit.*, pg. 82.
- ³⁰ Pentru opinia în sensul că în acest caz urmare a caducității promisiunii, nu va mai fi datorată indemnizația, iar dacă deja a fost plătită va trebui restituită, B. Dumitrache, *op. cit.*, pg. 82.
- ³¹ În același sens G. Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 502.
- ³² Astfel cum am arătat mai sus, s-a exprimat și opinia (G. Al. Ilie) în sensul că în acest caz vânzătorul și-a executat obligațiile deoarece transferul proprietății nu mai este sub controlul său. Considerăm că independent de acest aspect, obligația rămâne una de rezultat care nu va putea fi reputată ca executată decât atunci când rezultatul a fost realmente atins.
- ³³ Considerăm că această reglementare confirmă faptul că în ipoteza rezoluțiunii, restituirea reciprocă a prestațiilor este fundamentată pe ideea de plată nedatorată și nu pe îmbogățirea fără justă cauză. La aceeași concluzie se ajunge și urmând raționamentul lui B. Dumitrache, *op. cit.*, pg. 92 și urm.

- ³⁴ Bineînțeles că soluția este discutabilă în ipoteza în care ulterior individualizării bunurilor acestea pier fortuit. O soluție ar fi aceea că simetric încheierii acestui contract și nașterii obligației de restituire – doar odată cu predarea bunurilor, are loc și liberarea debitorului. Deci, și în ipoteza în care bunurile pier ulterior individualizării, riscurile acestora sunt în sarcina debitorului. De asemenea, în același sens sunt și prevederile art. 2164 al. 3 care prevăd că în ipoteza imposibilității de executare a obligației de restituire, debitorul va fi ținut să restituie prin echivalent. Ne întrebăm însă în ce ipoteză am putea vorbi de o imposibilitate de executare în acest context? Poate doar în situația dispariției întregii specii.
- ³⁵ În această situație donatorul ar pierde dublul a ceea ce a prevăzut la momentul încheierii contractului.
- ³⁶ Așadar, în această ipoteză suntem în prezența unei excepții de la regula generală, conform căreia, creditorul, având în vedere culpa debitorului – locator, poate opta și pentru menținerea contractului. Această excepție își găsește probabil justificarea în caracterul deosebit de oneros al obligației ce s-ar naște în sarcina locatorului – de a reconstrui un bun identic. Pe de altă parte s-ar putea susține și faptul că la încheierea contractului părțile au avut în vedere acel bun individual determinat.
- ³⁷ Menționăm că în opinia noastră inclusiv în ipoteza de ”desființare de drept” a contractului instanța de judecată va fi chemată să se pronunțe măcar în sensul constatării sau nu a acesteia, deoarece de regulă doar una dintre părți va susține survenirea acestui incident
- ³⁸ Probabil că în ipoteza în care de exemplu locatarul distruge intenționat bunul sancțiunea se va concretiza inclusiv în obligarea la executarea în natură – deci la plata chiriilor pentru perioada prevăzută în contract.
- ³⁹ Subliniem că în opinia noastră, inclusiv în cazul imposibilității de executare a obligațiilor de mijloace se poate aplica teoria riscurilor. Pentru detalii cap. I, pct. 2.
- ⁴⁰ F. Laurent, *op. cit.*, pg. 122 și urm. unde se precizează, referitor la neexecutarea unei obligații de a îndeplini unele formalități care din partea debitorului presupuneau prezentarea la un anumit notar, care primise instrucțiuni chiar de la creditor să nu execute, că nu există neexecutare din partea debitorului. Subliniem că în exemplul în discuție obligațiile debitorului încă mai puteau fi executate, motiv pentru care credem că s-a concluzionat că acesta nu e liberat. În opinia autorului în ipoteza în care grație culpei creditorului diligențele depuse de debitor nu duc la rezultatul preconizat, acesta nu are obligația de a depune alte diligențe, considerându-se pe bună dreptate că obligația a fost executată.
- ⁴¹ La fel s-ar soluționa și speța în care locatarul-creditor nu i-ar permite locatorului accesul în imobilul închiriat pentru efectuarea de reparații, iar ulterior acestea ar deveni inutile datorită degradării extreme cauzată unor evenimente fortuite, deși în acest caz am fi în prezența unei obligații de mijloace.
- ⁴² Pentru a fi întrunite condițiile cazului fortuit am putea presupune că băuturile alcoolice nu s-au consumat în respectivul bar.
- ⁴³ G. Al. Ilie, *op. cit.*, pg. 207.
- ⁴⁴ Art. 1525 nu prevede soluția transferului riscurilor obligației decât în ipoteza imposibilității de executare datorată cazului fortuit și doar atunci când, dacă obligația debitorului ar fi fost executată la scadență, creditorul ar fi beneficiat de aceasta. Creditorul rămâne să suporte riscurile obligației pentru un eventual caz de forță majoră, considerându-se probabil că aceasta nu permite ca creditorul să se bucure de executarea obligației, putându-se încadra tot timpul în excepția de la art. 1525.
- ⁴⁵ Această soluție derivă din faptul că prin obligația asumată de cel care preia riscurile bunului nu s-a urmărit prestarea unui echivalent al proprietății.
- ⁴⁶ Cu privire la contractele nenumite art. 1168 prevede că se vor aplica regulile generale, iar în cazul în care acestea nu sunt îndeplătoare, regulile speciale privitoare la contractul cu care se aseamănă cel mai mult. Având în vedere această normă considerăm că regulile din materia contractelor speciale vor fi aplicabile și în cazul contractelor nenumite, art. 1511 fiind cel puțin discutabil deoarece nu prevede necesitatea culpei creditorului la data punerii în întârziere, precum și datorită faptului că în partea generală a Codului civil nu sunt prevăzute soluții pentru ipoteza în care creditorul nu respectă obligații de a nu face ori pentru ipoteza în care culpa creditorului constă tocmai în neexecutarea la scadență a obligațiilor sale și determinarea debitorului să invoce excepția de neexecutare a contractului.

ARTICOLE

CONSIDERAȚII PRIVIND DIVORȚUL CONSENSUAL PE CALE NOTARIALĂ

Alina TANȚĂU*

Résumé : Des considerations concernant le divorce amiable par voie notariale.

Le divorce représente l'une des principales institutions du droit de la famille. L'acceptation du nouveau Code Civile a apporté un element de nouveauté en matière de divorce, cela veut dire le divorce de commun accord réalisé par le notaire public. L'inspiration de l'homme de loi provient de la nécessité de l'adaptation de la loi à l'évolution sociale et de la famille, mais aussi de l'entente par voie amiable de la crise du mariage.

L'article en cause se propose d'analyser les principales conditions d'accès, aussi que la procedure du divorce notarial vues les situations qui impliquent des enfants. Les marques du divorce notarial qui impliquent des enfants seront analysés en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant, celui-ci étant un élément primordial.

Mots clés: divorce, notaire public, autorité paternelle, enfants.

Cuvinte cheie : divorț, notar public, autoritate părintească ; copii.

1. Introducere

Disoluția căsătoriei prin instituirea divorțului notarial reprezintă o formă bine gândită, concentrată în ideea de progres, care poate rezolva de o manieră mult mai simplă criza matrimonială. Această formă de divorț își cunoaște cauzele într-un mod intim și retras și poate ajunge mult mai ușor la identificarea unei soluții prielnice vieții familiale. Divorțul notarial este un proces simplu, serios și restrâns care asigură adevărata voință a părților și nu lasă loc simulării și fraudei. Astfel, soții își pot exterioriza voința liberă într-o formă indubitabilă care privește și cunoaște consecințele divorțului, relațiile dintre părinți și copii, dar și relațiile cu terții.

Căsătoria ar trebui considerată la nivel de principiu ca fiind indisolubilă¹, deoarece dacă ne aflăm într-un raport juridic cu intenția de a ieși din acest raport juridic în viitor, nu putem considera că avem de-a face cu un consimțământ serios.

Cu toate acestea principiul *libertas nuptialis* nu permite legiuitorului să impună unei persoane să rămână într-un raport juridic pe care nu și-l mai dorește sau în care împrejurările ar face imposibilă continuarea căsătoriei.

În ceea ce mă privește, consider că legiuitorul a recurs la simplificarea soluției căsătoriei gândindu-se la principiul ocrotirii familiei, înscris în art 26 alin. (2) din Constituție și reafirmat de art 258 alin. (2) și (3) din Noul Cod Civil. Sintagma “Statul este obligat să sprijine prin măsuri economice și sociale, încheierea căsătoriei, precum și dezvoltarea și consolidarea familiei”, indică faptul că ocrotirea și consolidarea familiei se poate face și prin soluția căsătoriei, dacă se poate constata că aceasta a fost vătămătoare relațiilor dintre membri familiei sau dintre părinți și copii. Prin urmare, legiuitorul trebuie să ofere și varianta soluției căsătoriei, în considerarea faptului că este obligat să sprijine prin măsuri economice și sociale dezvoltarea și consolidarea familiei.

Unul din elementele de noutate în materie de divorț adus de Codul Civil 2009² (în continuare NCC) este divorțul consensual pe cale notarială.³

Scopul legiuitorului de a introduce o procedură necontencioasă de soluție a căsătoriei a fost acela de a simplifica procedura, dar nu pentru a încuraja divorțul, ci pentru a oferi un cadru mai restrâns și o cale mai rapidă de soluție a căsătoriei.

Spre deosebire de vechea reglementare a Codului Familiei⁴, unde legiuitorul nu făcea nicio diferență între soții care reușeau să cadă de acord cu privire la toate aspectele legate de divorț și cei care doar printr-o hotărâre judecătorească puteau ajunge la un consens, reglementarea actuală a NCC face distincție între soții care reușesc să se înțeleagă cu privire la nume și autoritate părintească, având astfel posibilitatea de a alege între divorțul notarial și cel administrativ⁵ și cei care nu pot ajunge la un consens, având deschisă calea unei acțiuni în instanță. Acordul soților a justificat introducerea unei proceduri necontencioase de soluție a căsătoriei.

Așadar, li s-a oferit soților, care de comun acord stabilesc să pună capăt stării de căsătorie mai multe alternative: a) divorțul pe cale judiciară, b) divorțul pe cale administrativă și c) divorțul pe cale notarială.

În cele ce urmează îmi propun să analizez particularitățile divorțului notarial, insistând asupra condițiilor de admisibilitate atunci când soții au copii. Condițiile referitoare la soții care nu au copii nu pun probleme de dificultate și vor fi tratate succint.

2. Scurt istoric

Inspirația legiuitorului de a reglementa divorțul pe cale notarială provine și din legislația altor state (Brazilia, Ecuador, Peru, Columbia, Japonia, etc) precum și din nevoia adaptării legislației la evoluția societății și a familiei.

Legislația Braziliei începând cu ianuarie 2007 implementează și modalitatea de divorț notarial, cu mențiunea că soții nu trebuie să aibă copii minori și nici copii majori cu dizabilități. Până în 4 ianuarie 2010, cand a fost adoptat al 66-lea amendament⁶, a fost nevoie și de cerința minimului de 1 an de căsătorie pentru a putea intenta cererea de divorț⁷.

O astfel de reglementare precum cea a Braziliei, se regăsește și în legislațiile din Ecuador⁸ și Peru⁹ care prevăd posibilitatea alegerii divorțului notarial când nu există copii minori sau copii majori cu dizabilități.

Legislațiile din Columbia¹⁰ și Cuba¹¹ sunt singurele țări care au recunoscut competența notarilor publici în materie de divorț indiferent dacă există sau nu copii.

Divorțul existent în legislațiile din anumite state din America de Sud, precum Mexicul¹² sau Argentina¹³ poartă numele de "*Divorcio express*"¹⁴ datorită faptului că prevede o procedură ușoară și rapidă, și aceasta deoarece completarea cererii de divorț și manifestarea de voință a soților se poate face și on line, prin e-mail nefiind necesară prezența acestora la biroul notarului pentru completarea cererii. Totodată, acest tip de divorț își merită numele și datorită faptului că se face fără invocarea sau demonstrarea unor motive de divorț și fără necesitatea existenței unui termen de căsătorie pentru a intenta divorțul, acesta putându-se face dacă există voința soților de a pune capăt stării de căsătorie.

Asemănătoare este și legislația Japoniei, însă divorțul nu se face la notar, ci la biroul guvernului, iar acest tip de divorț este cunoscut sub numele de "*Green Form*"¹⁵ deoarece se bazează din nou pe ideea de consens¹⁶.

Totodată, guvernul spaniol reglementează divorțul consensual pe cale notarială pentru a sprijini voința comună a soților.¹⁷ În forma inițială a reglementării divorțului consensual, există ocazia alegerii de către părți a unui reprezentant.¹⁸ Cu ocazia modificării legislative din Spania, notarii au atribuții nu doar în ceea ce privește întocmirea actelor ci și atribuții referitoare la procedura de divorț.¹⁹

3. Condiții de admisibilitate a divorțului pe cale notarială

Art. 375 alin (2) dispune că "Divorțul prin acordul soților poate fi constatat de notarul public și în cazul în care există copii minori născuți din căsătorie, din afara căsătoriei sau adoptați, dacă soții convin asupra tuturor aspectelor referitoare la numele de familie pe care să îl poarte după divorț, exercitarea autorității părintești de către ambii părinți, stabilirea locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor. Dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soților privind exercitarea în comun a

autorității părintești sau cel privind stabilirea locuinței copiilor nu este în interesul copilului, sunt aplicabile prevederile art. 376 alin. (5)²⁰ ”.

a) Divorțul notarial fără copii²¹

Condiția specială de admisibilitate a divorțului consensual, alături de existența consimțământului liber și nevicat al fiecărui soț și deplina capacitate de exercițiu, este ca soții să se înțeleagă cu privire la numele pe care aceștia îl vor purta după divorț (art. 383 NCC). Aceștia își pot păstra numele comun din căsătorie, sau își pot relua numele dinaintea căsătoriei (art 383 alin. (1) și (3) NCC). În lipsa unui asemenea acord, notarul public va emite o încheiere de respingere a cererii de divorț și va îndruma părțile să se adreseze instanței de judecată cu o nouă cerere de divorț.

b) Divorțul notarial cu copii

Pe lângă condițiile cerute la divorțul fără copii, anume cele referitoare la consimțământ, nume și capacitate, există o condiție suplimentară referitoare la exercitarea autorității părintești de către ambii părinți.

Potrivit definiției legale (art. 483 NCC), autoritatea părintească reprezintă ansamblul de drepturi și îndatoriri care privesc atât persoana cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți. Complexul de drepturi și îndatoriri conferite de lege mamei și tatălui este guvernat de regula coparentalității, în sensul că autoritatea părintească aparține în mod egal ambilor părinți, se exercită împreună și în mod egal de către aceștia, și, de asemenea, răspunderea pentru creșterea copilului revine ambilor părinți.²² Prin urmare, autoritatea părintească reprezintă ansamblul de drepturi și îndatoriri ale părinților exercitate de către aceștia, împreună, de plin drept, din momentul nașterii copilului, fără putința de a le refuza, dar cu posibilitatea retragerii judiciare, însă cu titlu de sancțiune, a drepturilor părintești sau a unor drepturi ale părintelui.²³

Ce anume se înțelege prin sintagma “soții convin asupra tuturor aspectelor referitoare la exercitarea autorității părintești de către ambii părinți” ? Învoiala soților va cuprinde tot exercițiul autorității părintești sau doar cele expres reglementate de art. 375 alin (2)? Articolul prevede exercitarea autorității părintești în comun de către ambii părinți, iar așa cum am văzut, aceasta reprezintă ansamblul de drepturi și îndatoriri ale părinților. Legiuitorul însă prevede expres în textul articolului drepturile și îndatoririle, și anume stabilirea locuinței copiilor după divorț, modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copii, precum și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională. Această abordare a legiuitorului este confuză și va putea pune

probleme în ceea ce privește aplicarea practică a acestui articol. Din textul de lege se înțelege că întreaga autoritate părintească, complexul de drepturi și îndatori s-ar reduce la stabilirea locuinței copiilor, modalitatea de păstrare a legăturilor și stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională. Însă cum rămâne cu drepturile și îndatoririle părinților cu privire la bunurile copilului, dreptul și îndatorirea părinților de a supraveghea copilul, dreptul și îndatorirea părinților de a ține copilul? Rămân aceste drepturi și îndatoriri în afara sferei de aplicare a art. 357 alin (2) ?

Mai întâi **dreptul și îndatorirea părinților de a ține copilul**. El intră în sfera stabilirii locuinței copilului după divorț, iar implicit intră și în sfera de aplicare a art. 375 alin. (2). Locuința copilului nu poate fi schimbată fără acordul părinților decât în caz de neînțelegere între părinți, caz în care instanța va hotărî (art. 496 alin. (3) NCC). Această regulă se aplică și copilului, cu consecința că acesta nu are libertatea de a-și alege singur locuința, dar și terților. Se poate observa că stabilirea locuinței copilului este opozabilă atât copilului, cât și terților. Dacă părintele are dreptul de a cere pe cale judecătorească, înapoierea copilului de la orice persoană care l-ar ține fără drept (art. 495 alin (1) NCC) această regulă va fi aplicabilă și în cazul divorțului notarial, dacă de pildă locuința familiei a fost stabilită la unul din părinți, iar un terț ține copilul fără drept. Prin urmare, acordul soților va fi opozabil *erga omnes*.

O întrebare ce se ridică aici este aceea dacă învoiala soților poate presupune și o locuință alternativă și dacă această învoială va fi opozabilă terților. Răspunsul îl găsim în art. 400 alin. (3), care specifică faptul că în mod excepțional și numai dacă este în interesul superior al copilului, instanța și numai aceasta poate stabili locuința acestuia la bunici, ori alte rude. Tot astfel, în acord cu dreptul copilului de a crește alături de părinții săi²⁴, acesta trebuie să locuiască cu părinții săi.

Cu privire la **dreptul și îndatorirea de a supraveghea copilul**, acesta intră în modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare dintre copil. Este evident că o supraveghere a copilului nu se poate face de la distanță, de către părintele separat, pe timpul cât acesta este separat de copil. Această supraveghere se face atent și în mod constant de către părintele la care este stabilită locuința copilului, dar și de către celălalt părinte în perioada cât copilul se află la acesta, potrivit înțelegerii dintre soți cu privire la modalitatea de păstrare a legăturilor personale. Totodată, respectul vieții intime și private a copilului precum și demnitatea acestuia sunt niște îndatoriri generice care pot fi îndeplinite și de către părintele separat, deoarece nu necesită în mod constant o atentă și permanentă supraveghere a copilului.

În ceea ce privește **drepturile și îndatoririle părinților cu privire la bunurile copilului** care cuprind atât **dreptul și îndatorirea de a administra bunurile copilului** cât și **dreptul și îndatorirea de a-l reprezenta pe copil în actele juridice civile sau**

după, caz, de a-i încuviința asemenea acte, acestea nu intră, în opinia mea, în sfera de aplicare a art. 375 alin. (2). De ce? Administrarea bunurilor copilului, atunci când ea există, poate crea dezacorduri și neînțelegeri între părinți în ceea ce privește administrarea, conservarea și valorificarea acestora, dar și intereselor copilului. Administrarea bunurilor presupune o serie de obligații care nu doar că trebuie îndeplinite și respectate, dar ele trebuie stabilite și împărțite prin acordul acestora. Prin urmare, nu poate exista un acord tacit, care să reiasă din textul de lege, el trebuind să fie expres.

Dreptul și îndatorirea de a-l reprezenta pe copil în acte sau de a-i încuviința asemenea acte nu reprezintă o obligație solidară. Fiecare părinte are dreptul și îndatorirea în parte de a-i încuviința actele și a-l reprezenta pe copil în asemenea acte. Aici, fiecare dintre părinte stabilește singur, dacă dorește să încuviințeze actele copilului său, sau dacă nu dorește. O asemenea îndatorire și un asemenea drept nu poate fi prestabilit de comun acord.

La finele art. 375 legiuitorul precizează că dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soților privind exercitarea în comun a autorității părintești sau cel privind stabilirea locuinței copiilor nu este în interesul copilului, sunt aplicabile prevederile art. 376 alin. (5)²⁵. Această exprimare ridică semne de întrebare în ceea ce privește exercitarea autorității părintești, și anume: Se exercită separat sau în comun de către ambii părinți? Răspunsul ar trebui să fie că drepturile și îndatoririle părintești se exercită în comun, de către ambii părinți și aceasta deoarece copilul are doi părinți, care exercită drepturi și îndatoriri împreună și decid împreună în toate chestiunile care îl privesc pe copil.

În ceea ce privește locuința familiei, aparent exercițiul autorității părintești se vede scindat, și aceasta deoarece art. 400 prevede regulile locuinței copilului după divorț, care va putea locui cu unul dintre părinți. Este "scindat" exercițiul autorității părintești deoarece copilul locuiește la unul dintre părinte, iar în fapt, doar acesta exercită autoritatea părintească asupra copilului, cu toate că, în fond deciziile importante și referitoare la copil se iau împreună de către ambii părinți.

În drept însă, exercițiul autorității părintești rămâne intact. Părinții exercită aceleași drepturi și îndatoriri, în funcție de învoiala acestora, sau în caz contrar, de hotărârea pronunțată de către instanță. Chiar dacă în fapt unul dintre părinte este separat de copil, el exercită în continuare drepturile și îndatoririle referitoare la copil. Prin urmare, autoritatea părintească se exercită de către ambii soți împreună și în mod egal, iar derogarea de la această regulă, în sensul încuviințării exercițiului unuia dintre părinți în cazul desfacerii căsătoriei o poate dispune numai instanța de tutelă, nu și notarul public.

Ce se întâmplă însă în cazul părintelui sau a unuia dintre aceștia aflați, la data depunerii cererii de divorț sub efectul sancțiunii decăderii din exercițiul autorității părintești? Este permisă învoiala părinților cu privire la autoritatea

părintească în acest caz? Răspunsul ar trebui să fie negativ deoarece părțile nu pot dejuca prin învoiala lor o hotărâre pronunțată de instanță, deoarece această hotărâre are efect de lege între părți. Ca și în cazul divorțului judiciar²⁶, o astfel de învoială, în pofida hotărârii de punere sub interdicție, nu va produce efecte juridice.

Totodată, exercițiul autorității părintești trebuie să fie în interesul copilului²⁷, în caz contrar, dacă din raportul de anchetă socială rezultă că acordul soților privind exercitarea în comun a autorității părintești sau cel privind stabilirea locuinței copiilor nu este în interesul copilului, notarul public va emite o încheiere de respingere și va îndruma părțile către instanța de judecată. Deși în text se specifică faptul că doar exercitarea în comun a autorității părintești și stabilirea locuinței copiilor trebuie să fie în interesul acestora, raportul trebuie să verifice și dacă modalitatea de păstrare a legăturilor personale dintre părintele separat și fiecare copil, precum și stabilirea contribuției părintelui la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională sunt în concordanță cu interesul copilului.²⁸ Elemente arătate expres de teza I ca fiind dintre cele asupra cărora soții trebuie să convină.

4. Procedura divorțului notarial

Depunerea cererii de divorț se face de către soți, împreună la biroul notarial în raza căruia se află ultima locuință comună a soților sau la locul ofiterii căsătoriei și, prin excepție de la art 376 alin (1) NCC, cererea de divorț se poate face și prin mandatar cu procură autentică. Nu îmi este foarte clar de ce anume legiuitorul a ales să facă o excepție cu privire la depunerea cererii de divorț exclusiv în cazul divorțului pe cale notarială și nu a "oferit" și ofiterului de stare civilă aceeași oportunitate. Probabil că legiuitorul a instituit o excepție tocmai pentru că procura autentică face parte din domeniul de competență a notarului public.²⁹

După depunerea cererii de divorț notarul public este obligat să ofere un termen de reflecție de 30 de zile de la data înregistrării cererii.

Termenul înscris în art. 376. alin. (1) NCC este un termen imperativ în sensul acordării unui minim de 30 de zile. Pentru motive temeinice, notarul public poate acorda un termen mai mare de 30 de zile, de pildă, în situația în care unul dintre soți trebuie să participe la o conferință în străinătate și nu poate ajunge înăuntrul termenului de 30 de zile. Cu toate acestea, termenul nu poate fi mai mic de 30 de zile deoarece s-ar încălca art 376 alin. (1) și, cu toate că NCC nu prevede o sancțiune în cazul încălcării termenului, notarul public va putea fi sancționat de către Camera Notarilor din care face parte dacă se descoperă, în urma unui control că nu a respectat procedura de la art. 376 NCC. După un astfel de termen nu se va mai acorda un altul, cu excepția cazului în care nu s-a efectuat audierea minorului sau raportul de anchetă psiho-socială.

Ce se întâmplă în situația în care consimțământul soților a fost luat mai repede iar certificatul de divorț a fost eliberat înaintea împlinirii termenului de 30 de zile? Potrivit art. 110 din Regulamentul de punere în aplicare a Legii nr. 36/1995³⁰ controlul judecătoresc al actelor notariale se realizează pe calea acțiunii în anulare, precum și pe calea plângerii împotriva îndeplinirii actelor. Prin urmare, împotriva certificatului de divorț emis prin nerespectarea procedurii impuse de lege, părțile pot introduce o acțiune în anulare. Fiind vorba despre o acțiune în anulare, și neexistând reguli speciale care să deroge de la cele generale, dreptul la acțiunea în anulare a certificatului de divorț, aparține părților, iar termenul de prescripție este cel general, de 3 ani.

După expirarea termenului soții trebuie să se prezinte **personal** în fața notarului public pentru a se verifica dacă aceștia stăruie în divorț și dacă consimțământul lor este liber și neviciat. Se observă că legiuitorul impune prezența personală a soților în ideea de împăcare a părților. În această etapă, se vor verifica din nou toate condițiile de admisibilitate a cererii de divorț. Dacă soții continuă să se înțeleagă la numele pe care îl vor purta după divorț și cu privire la autoritatea părintească, notarul public va admite cererea printr-o încheiere de admitere.

În cazul în care soții au copii comuni apare un element de noutate cu care se confruntă notarul public, și anume: **audierea minorului**. Deși în alin. (2) al art. 375 nu se specifică nimic cu privire la ascultarea minorului, această procedură nu trebuie să lipsească. Când minorul a împlinit 10 ani, audierea acestuia este obligatorie³¹ și aceasta se va face numai de față cu părinții. Constatările se vor face în funcție de vârsta și gradul de maturitate al copilului, deoarece ar fi posibil ca acesta să nu își valorifice corect propriul interes. Notarul public are o îndatorire mult prea serioasă în ceea ce privește audierea copilului, deoarece acesta nu este suficient de pregătit într-o astfel de situație.

Procedurile care privesc audierea minorului și în special cele referitoare la copii, sunt niște proceduri serioase, care nu trebuie neglijate din punct de vedere juridic și trebuie tratate cu multă precauție și grijă.

Audierea minorului în procedura divorțului notarial reprezintă o lacuna legislativă, care nu a fost tratată cu suficientă importanță. Drept dovadă, această etapă este mai mult una de conștientizare a copilului că părinții săi vor divorța și nu una de stabilire în ce măsură exercițiul autorității părintești este în interesul superior al copilului. Identificarea interesului superior al copilului, în vederea protejării copilului reprezintă unul dintre principiile fundamentale întâlnite în dreptul familiei, iar acest principiu este necesar a fi bine stabilit și corect pus în practică. Totodată, prezența părinților în etapa audierii minorului stânjenește modul de identificare și valorificare a interesului superior al copilului.

Așadar, de *lege ferenda*, s-ar impune renunțarea la audierea copilului în prezența părinților și această audiere să se facă de către un consilier specializat care știe să identifice în mod practic interesul copilului.

Dacă notarul admite cererea de divorț se va elibera certificatul de divorț, într-un termen de 5 zile, moment în care soții devin foști soți, deci moment în care aceștia sunt divorțați. Se va face mențiune pe certificatul de căsătorie despre faptul că soții sunt divorțați, iar un exemplar al certificatului de divorț se va transmite și ofițerului de stare civilă, care va face modificarea stării civile prin mențiune în actul de căsătorie. Întrebarea care se ridică aici este dacă întârzierea eliberării certificatului de divorț echivalează cu un refuz al notarului? Legiuitorul nu oferă răspuns la această întrebare, dar califică acest termen ca fiind unul de procedură.

Cererile de divorț sunt supuse unui sistem al "S.C.INFONOT SYSTEMS S.R.L."³², înregistrate în Registrul Național de Evidență a Cererilor de Divorț (RNECD). După înregistrarea cererii de divorț în RNECD se solicită obținerea unui număr de certificat de divorț din Registrul Unic al Certificatelor de Divorț (RUCD), ținut de către Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din cadrul Ministerului Administrației și Internelor. În acest sens, notarul public va completa un formular pe care îl va trimite administratorului RNECD, formular pe baza căruia acesta va obține de la RUCD o comunicare privind numărul certificatului de divorț. După această etapă notarul public va elibera câte un exemplar original cu ștampila RNECD și semnătura operatorului care le-a emis, foștilor soți. Așadar, datorită acestei evidențe impuse de U.N.N.P.R³³, întârzierea acestei proceduri nu poate echivala cu un refuz al notarului public de a emite certificatul de divorț.

Dacă notarul respinge cererea de divorț, soții se pot adresa cu o nouă cerere instanței de judecată pentru a dispune desfacerea căsătoriei prin acordul lor sau în baza unui alt temei juridic. Este foarte important de menționat faptul că împotriva refuzului notarului public de a admite cererea de divorț nu există cale de atac, prin urmare notarul nu se face vinovat de neîndeplinirea unor condiții de admisibilitate a cererii, cum sunt acordul cu privire la nume sau autoritatea părintească, și acesta nu poate fi obligat, prin instanță să admită cererea de divorț.

Cu privire la aspecte legate de consimțământ sau punerea sub interdicție a unuia dintre soți sau alte elemente care nu puteau fi cunoscute de notarul public, acestea vor face proba până la dovada contrară. Iar cu privire la constatările notarului public, acestea vor face dovada până la proba înscrierii în fals. Dacă se constată că refuzul notarului a fost unul abuziv, iar condițiile admiterii cererii de divorț au fost îndeplinite, părțile se pot îndrepta instanței cu o acțiune în despăgubiri, pe temeiul răspunderii civile delictuale. (art. 378 alin. (3) NCC).

5. Concluzii

La final se impun câteva precizări. Acest element de noutate este unul înspre o evoluție juridică. Legiuitorul a avut în vedere tendințele de armonizare a legislației europene referitoare la familie și avântul autonomiei individuale care nu

se concilează cu ideea de angajament perpetuu, modificând astfel regulile referitoare la divorț și oferind o viziune proaspătă asupra realității înconjurătoare.

Procedura divorțului judiciar are implicații emoționale asupra părților, mai ales în ceea ce privește demonstrarea motivelor de divorț și apărările părților, o procedură prin care se încearcă dezvăluirea soțului vinovat, arătându-l din punct de vedere juridic, cu degetul. Aceste elemente nu se regăsesc în cadrul divorțului notarial deoarece această procedură grațioasă nu presupune dezbaterile unor chestiuni litigioase.

Divorțul notarial se bazează pe ideea de consens, de înțelegere, de intimitate, divorțul nu se judecă, ci se discută într-un mod civilizat care nu vizează fondul problemei, ci mai degrabă, rezolvarea problemei.

Avântul juridic și pasul legiuitorului spre schimbare a venit de la sine și nu a fost o forțare a înființării unei noi instituții. S-a pliat perfect pe trebuințele oamenilor.

Schimbarea societății și concepțiilor asupra vieții trebuie să determine ea însăși modificări legislative. Legea trebuie să se modeleze după comportamentul și nevoile oamenilor, care, în definitiv sunt subiecții vizați, și nu societatea să se schimbe în funcție de modificările legislative.

* Studentă, anul II, Facultatea de Drept, Universitatea Babeș-Bolyai, tantaulina@gmail.com

¹ Cu privire la caracterul cvasi-indisolubil al căsătoriei a se vedea **C.Hamangiu, I.Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român***, Ed, ALL, București, 1998, vol 1, p.235;

² Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, publicată în "Monitorul Oficial al României", partea I, nr. 511 din 24 iulie 2009, aprobată cu completări și modificări prin Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a noului Cod Civil, publicată în "Monitorul Oficial al României", partea I nr. 409 din 10 iunie 2011;

³ Pentru o prezentare a noutăților importante aduse în materie de divorț, a se vedea **A. Dumitrescu, "Divorțul în noul Cod Civil"**, <http://www.juridice.ro>;

⁴ Codul familiei a fost adoptat prin Legea nr. 4 din 4 ianuarie 1953, modificat și completat prin Legea nr. 4/1956 și republicat în B.Of. nr. 13 /1956, ulterior abrogat prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Noul Codul Civil;

⁵ Este de menționat faptul că soții pot alege orice cale de divorț, nu doar calea notarială sau administrativă. Dacă soții considerau de cuviință un divorț pe cale judiciară, în podifa faptului că există un consens între aceștia, ei pot alege oricare dintre aceste căi. Fac precizarea că divorțul pe cale administrativă, constatat de către ofițerul de stare civilă nu va putea fi admis decât dacă soții nu au copii împreună ;

⁶ Legea nr. 11411/2007

⁷ **I. Lôbo, "Nova lei de divórcio promete facilitar a vida des perssoas"** en Agencia Brasil.

⁸ Legea nr. 62-2006 din 4 ianuarie;

⁹ Legea nr. 29227/2008 din 15 mai, modificată prin Decretul Suprem 009-2008-Jus, din 28 iunie 2008;

¹⁰ Legea nr. 962/2005 din 8 iulie și Decretul nr. 4436/2005 din 28 noiembrie;

¹¹ Decretul Lege nr. 154/1994, din 6 septembrie;

¹² <http://www.divorcioexpress.com.mx/> ;

¹³ <http://www.divorcioexpressbsas.com.ar/> ;

¹⁴ =divorț expres, es;

- ¹⁵ =formular verde, eg ; Denumirea vine de la o etichetă verde din antetul cererii de divorț;
- ¹⁶ Japan Children's Rights Network, "Types of Divorce in Japan".
- ¹⁷ **Pedro Carrión Garcia de Parada** en "El notario del siglo XXI", Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, número 42/2012;
- ¹⁸ **Ley 1/2000 de 7 enero de Enjuiciamiento Civil publicada en BOE, numero 7 de 08 enero de 2000, en su art. 750, Representación y defensa de las partes** : "2. En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación."
- ¹⁹ **Decreto Ley 5/2012, de 5 marzo, de mediacion en asuntos civiles y mercantiles, publicada en BOE numero 56 de 05 marzo de 2012 ;**
- ²⁰ "Dacă soții nu se înțeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorț ori, în cazul art 375 alin. (2), asupra exercitării în comun a drepturilor părintești, ofițerul de stare civilă sau după caz, notarul public emite o dispoziție de respingere a cererii de divorț și îndrumă soții să se adreseze instanței de judecată, potrivit prevederilor art. 374" ;
- ²¹ Prin "copil" vom înțelege persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nici nu a dobândit capacitate de exercițiu în condițiile legii (art. 263 alin. (5) NCC) ;
- ²² **E. Florian, Dreptul Familiei**, ed a IV-a , Ed. CH BECK, București, 2011,p. 282-285;
- ²³ Idem;
- ²⁴ Art. 30 alin. (1) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 557 din 23 iunie 2004 : "Copilul are dreptul să crească alături de părinții săi" ;
- ²⁵ " Dacă soții nu se înțeleg asupra numelui de familie pe care să îl poarte după divorț ori, în cazul prevăzut la art. 375 alin (2), asupra exercitării în comun a drepturilor părintești, ofițerul de stare civilă sau, după caz, notarul public emite o dispoziție de respingere a cererii de divorț și îndrumă soții să se adreseze instanței de judecată, potrivit prevederilor art. 374 " Este de observat faptul că legiuitorul amintește doar de exercitarea în comun a **drepturilor părintești**, nu și de îndatoririle părintești. Or, este de la sine înțeles faptul că autoritatea părintească nu presupune numai drepturi, ci și îndatoriri părintești, cum ar fi de pildă, contribuția părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor, pe care tocmai legiuitorul o enumeră în art. 375 alin (2). Să înțelegem că ar putea să existe o învoială a părinților în ceea ce privește excluderea de la îndatoririle părintești? Răspunsul ar trebui să fie unul negativ deoarece obligația de întreținere aparține solidar părinților și de vreme ce nici decăderea din exercițiul drepturilor părintești nu scutește părintele de a da întreținere copilului (art. 510 NCC), nici învoiala părinților nu ar trebui să îl scutească pe unul din părinte de la această obligație.;
- ²⁶ **F.A. Baias, "Noul Cod Civil.Comentariu pe articole"**, coordonatori E. Chelaru, R. Constantinovici, I.Macovei, Ed. CH Beck, București, 2012, p 403;
- ²⁷ Desigur, este vorba aici despre "Interesul superior al copilului", principiu afirmat în art. 18 din Convenția cu privire la drepturile copilului, ratificată prin Legea nr. 18/1990 publicată în Monitorul Oficial nr. 314 din 13 iunie 2001;
- ²⁸ **F.A Baias, "Noul cod civil. Comentriu pe articole"**, coordonatori E. Chelaru, R. Constantinovici, I.Macovei, Ed. CH Beck, București, 2012, p.404;
- ²⁹ A se vedea art.8 din Legea nr. 36/1995 a notarilor publici și a activității notariale, republicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 72 din 4 februarie 2013;
- ³⁰ Regulamentul de punere în aplicare a Legii 35/1996 a notarilor publici și a activității notariale aprobat prin Ordinul Ministrului Justiției nr. 710/C/1995, publicat în Monitorul Oficial nr. 176/ 8 august 1995, modificat prin OMJ nr. 1410/C/1996 , publicat în Monitorul Oficial nr. 25/15 februarie 1997;
- ³¹ Acest element este obligatoriu în orice procedură administrativă ori judiciară, potrivit art. 264 NCC. de unde rezultă că și notarul public va fi obligat să efectueze procedura audierii minorului, în baza principiului general afirmat de art. 264 NCC;
- ³² <http://www.infonot.ro> ;

³³ A se vedea normele metodologice privind Registrul Național a Cererilor de Divorț ținut de Uniunea Națională a Notarilor Publici din România și instrucțiunile privind îndeplinirea procedurii divorțului de către notarii publici, aprobate prin Hotărârea nr. 15/26 ianuarie 2011 a Biroului Executiv al Consiliului U.N.N.P.R, <http://www.uniuneanotarilor.ro> ;