

ARTICOLE

OBSERVAȚII PRIVIND NOȚIUNEA DE RISC ÎN DREPTUL CONTRACTELOR

Ana-Maria TOADER*

Résumé : Observations sur la notion de risque dans le droit des contrats. Dans cette étude, nous essayons d'expliquer et de faire l'inventaire des modulations du terme *risque* présentes dans le milieu contractuel. Bien que *le risque* soit généralement considéré comme un événement qui perturbe l'équilibre contractuel initialement établi, sans que les parties l'aient anticipé à la conclusion du contrat et donc sans y avoir des dispositions contractuelles expresses, le sens du mot *risque* connaît différentes variations, selon le type de l'obligation affectée et du contrat où il se manifeste. Compte tenu de la vaste question du risque en droit privé, la délimitation de la notion de risque dans le droit des contrats est une question d'actualité et de nécessité pour le droit privé.

Pour aboutir cet objectif nous avons considéré essentiel l'éclaircissement des phrases et des expressions utilisées autour de la notion de risque, tout en soulignant les possibles différences de sens, l'analyse des définitions présentes dans la doctrine et la délimitation de cette notion par rapport aux autres expressions utilisées dans le droit des contrats, ainsi que l'impossibilité fortuite d'exécution, la cause, la condition résolutoire et la caducité.

Vu les dispositions du Code civil et la nouvelle optique présente dans ce codage, le développement des effets du risque dans l'exécution des contrats est évident. Cet article espère éclaircir les expressions et les règles qui tournent autour de la notion de risque, à commencer avec l'analyse des phrases : le risque de la chose, le risque de l'obligation et le risque du contrat et, en continuant par l'examen des règles d'attribution des risques, y compris *res perit domino*, suivie par les règles *res perit debitori*, *res perit creditori* et *res perit detinente*.

Le but de notre article est celui d'expliquer en détail les caractéristiques de la théorie du risque dans le milieu contractuel, théorie qui se dessine comme une technique de gestion des effets de l'acte juridique en la présence du hasard, qui a mené à l'impossibilité fortuite d'exécution d'une obligation ou la réalisation d'un droit.

Cuvinte cheie: *risc, risc contractual, imposibilitate fortuită de executare.*

Keywords: *risk, contractual risk, unforeseen impossibility of performance.*

1. Noțiune

În mediul contractual, *riscul* este privit în general ca un eveniment care perturbă echilibrul contractual inițial stabilit, fără ca vreuna dintre părți să-l fi anticipat la încheierea contractului și implicit fără a-l fi inclus în prevederile contractuale. Sensul cuvântului *risc*

cunoaște diverse variații, în funcție de tipul obligației afectate și de contractul în care se manifestă. În plus, expresiile pe care le generează depind de termenii cu care se asociază, având înțelesuri diferite.

Având în vedere aceste modulații atât ale termenului *risc*, cât și ale sintagmelor și expresiilor rezultate, pentru o conturare mai exactă a noțiunii de *risc* în contractele civile, am considerat util acest prim capitol, cu scopul de a clarifica cuvintele folosite (1.1.), de a evidenția posibilele diferențe de sens cu noțiunea de *risc* astfel cum apare trasată în dreptul privat (1.2.), de a analiza definițiile doctrinale existente (1.3.) și de a o delimita de alte sintagme utilizate în dreptul contractelor, precum imposibilitatea fortuită de executare (1.4.1.), cauza (1.4.2.), condiția rezolutorie (1.4.3.) și caducitatea (1.4.4.).

1.1. Termeni și sensuri

Deseori, dreptul împrumută din limbajul curent termeni cărora le imprimă sensuri noi. În mediul contractual, regăsim o grupă de termeni frecvent utilizați, cu înțelesuri multiple și uneori maleabile, diferite de alte arii ale dreptului. Tematica riscului se află și ea în această grupă, dând naștere unei familii semantice care cuprinde noțiunile cu care jonglăm în studiul nostru, printre care *alea*, aleatoriu, imputare, suportare, atribuire a riscului. Pentru a facilita înțelesul acestor termeni, precum și pentru a evidenția sensurile pe care am decis să le folosim, considerăm utilă indexarea și explicarea acestora, după cum urmează.

*alea*¹

Termenul *alea* provine din limba latină unde însemna zar, joc de zaruri. Sensul său figurat este acela de șansă, risc, întâmplător, pericol, noroc. În mediul juridic, cuvântul *alea* este întrebuințat cu diferite sensuri, fie pentru a desemna toate evenimentele fortuite, ca parte a riscului, fie ca parte integrantă a contractelor aleatorii. Acest termen are așadar o arie de aplicare redusă, specializată, fiind în strânsă legătură mai degrabă cu ideea de comportament și nu cu cea de obligație, nefiind investit cu sens juridic. În lucrarea noastră vom folosi acest termen în ambele sale ipostaze, atât ca parte invariabilă a riscului, cât și ca element al contractelor aleatorii.

*aleatoriu*²

Sensul curent al derivatului termenului *alea*, *aleatoriu*, este acela de întâmplător. În limbajul juridic, termenul *aleatoriu* are folosit atât cu înțelesul din limbajul curent, și anume acela de eveniment fortuit, cât și pentru a desemna contractele care conțin elementul *alea*. În studiul nostru, ne vom detașa de a doua întrebuințare a acestui cuvânt, preferând să folosim termenul *aleatoriu* pentru a desemna toate evenimentele care provin din cazuri fortuite, forță majoră sau alte asemenea, și care sunt constitutive de risc. Vom evita astfel folosirea sintagmei *eveniment fortuit* pentru a nu crea confuzie cu noțiunea de *caz fortuit*. În locul acesteia, vom folosi termenul de *aleatoriu*, cu înțelesul precizat mai sus. Așadar, vom utiliza termenul de *aleatoriu* pentru a evidenția posibilele situații care ar putea activa riscul juridic, încercând să evităm folosirea sintagmei *eveniment fortuit* sau a termenului *riscuri* ca sinonim.

Atribuirea³/ imputarea⁴/ suportarea⁵ riscului

Adesea, în regulile activate de risc se regăsesc cele trei sintagme, care în limbajul curent au sensuri apropiate, nefiind însă sinonime perfecte. În doctrină⁶ se utilizează noțiunea de reguli de atribuire a riscului, ca având o portanță generală, indiferent dacă este o normă legală sau una convențională.

A *imputa* semnifică a atribui cuiva o acțiune ca și cum aceasta ar fi adevăratul ei autor. Transpunând această definiție în teoria riscului, imputarea este operațiunea prin care se atribuie consecințele prejudiciabile ale imposibilității de executare uneia dintre părți. Astfel, ținând cont de regulile de drept aplicabile, consecințele hazardului vor fi stabilite în sarcina uneia dintre părți. În studiul nostru vom considera imputația ca o operațiune a legii întrucât niciuna dintre părți nu este de regulă autoarea faptului prejudiciabil.

Categoria juridică de *atribuire* este considerată⁷ a avea o arie de cuprindere chiar mai largă decât aceea de *imputare*, excedând ideii de imputabilitate. Suntem de acord cu această susținere, evidențiind că într-o atare situație este vorba despre un sistem de alocare a riscului, fără legătură cu ideea de agent căruia i se atribuie o consecință oarecare.

Noțiunea de *suportare* a riscului este cel mai des uzitată și considerăm că sfera sa de aplicare este restrânsă la mediul contractual, atunci când se stabilește care din părți va fi afectate de risc, în cazul în care acesta se va manifesta.

În doctrină⁸ s-au grupat cele trei noțiuni în două categorii, și anume riscul în contracte în sens tehnic și cel în sens obiectiv.

Astfel s-a făcut distincția între riscurile în contracte în sens obiectiv, caz în care se are în vedere suportarea naturală a riscului, și riscurile în contracte în sens tehnic, caz care reprezintă suma soluțiilor impuse de operațiunea de atribuire sau imputare legală a consecințelor hazardului. Nu ne vom însuși această categorisire, preferând să folosim termenii de imputare și atribuire pentru normele legale care stabilesc persoana afectată de risc, iar cel de suportare pentru clauzele convenționale prin care se stabilește regimul juridic aplicabil acelui contract lovit de risc.

teoria riscului/ teoria riscurilor

Considerăm că trebuie menținută o distincție între risc și evenimentele care provoacă riscul, fără a le denumi pe cele din urmă riscuri, întrucât acestea nu dau întotdeauna naștere unui risc.

În domeniul juridic se justifică cu atât mai mult menținerea unei astfel de distincții, întrucât prin teoria riscului se încearcă reechilibrarea unei balanțe afectate de un eveniment sau mai multe, imprevizibile și prejudiciabile, nu riscuri. Din această perspectivă, apreciem că în dreptul privat putem trasa o teorie a riscului, nu o *teorie a riscurilor*.

În concluzie, pentru a nu crea confuzii terminologice, vom încerca să limităm folosirea termenului *alea* la domeniul contractelor aleatorii, dar în același timp vom considera cuvântul *aleatoriu* ca făcând parte din noțiunea de *risc*, întrebuițându-l ca un sinonim pentru sintagma *eveniment fortuit*. De asemenea, vom distinge între *a suporta/imputa și atribui* riscul unei persoane, după cum suntem în mediul contractual sau extra-contractual. Pentru dreptul contractelor, având în vedere cele expuse mai sus, vom utiliza expresia *suportarea riscului*. Ca un ultim aspect de ordin terminologic, nu îmbrățișăm sintagma *teoria riscurilor*, întrebuițarea ei fiind limitată la citate. În schimb, pentru toate motivele expuse mai sus, vom prefera să utilizăm *teoria riscului*.

1.2. Valențele cuvântului risc în mediul contractual

Pentru a analiza noțiunea de risc în mediul contractual, considerăm oportună reiterarea definiției inițiale propuse în studiul nostru. Riscul ar putea fi privit ca un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală și tulbură justiția comutativă, producând prejudicii unei persoane. Noțiunea de risc înglobează astfel două componente esențiale, pe care le păstrează și atunci când destabilizează contractul: previzibilitatea și prejudiciul.

În mediul contractual, noțiunea de risc merge mână în mână cu obligația, fiind întotdeauna raportat la aceasta, și produce efecte asupra întregului ansamblu de drepturi și obligații, dând astfel naștere regulilor particulare care soluționează dezechilibrul creat. Riscul nu poate fi analizat decât prin prisma obligațiilor pe care le afectează. Putem astfel identifica două coordonate esențiale ale noțiunii de risc, care se manifestă concomitent în sfera contractuală: aleatoriul și prejudiciul.

Într-o primă instanță, regăsim aleatoriul afectând obligațiile și drepturile contractuale. Aleatoriul, privit ca parte integrantă a riscului, este un element constant, invariabil, care însă nu influențează substanța riscului juridic și nici regulile care apar pentru suportarea acestuia. În această sferă intră toate evenimentele "nefaste" care pot afecta executarea unui contract, de la o maladie globală la un simplu incendiu.

Mai apoi, trebuie să existe un prejudiciu produs de aleatoriu, pe care unul dintre cocontractanți trebuie să îl suporte. Doar ulterior acestui moment putem identifica efectele pe care le produce aleatoriul asupra contractului și putem discuta de risc, teoria riscului și normele juridice aplicabile. Acest al doilea element, și anume prejudiciul, este unul variabil, depinzând de relația sa cu întreg contractul. Ideea de prejudiciu contribuie la definiția riscului. În funcție de aceasta, vom putea identifica care dintre normele legale existente se aplică - *res perit debitori, res perit creditori, res perit detinente*⁹ – sau, în cazul existenței unei clauze contractuale contrare, cum se raportează la aceasta.

Pe cale de consecință, riscul în contract nu există decât dacă afectează drepturile și obligațiile cuprinse în acesta, raportându-l, într-o primă etapă, la obligația pe care o modifică și, după aceea, la efectele produse asupra contractului privit în globalitatea sa. O dată cu manifestarea riscului în mediul contractual, trebuie găsite soluțiile legale, contractuale sau, în lipsa celor două, soluțiile echitabile pentru rearanjarea drepturilor și obligațiilor ca urmare a apariției evenimentului fortuit. Procesul de definire a riscului contractual presupune și raportarea acestuia la diversele sale efecte și la relația acestuia cu drepturile și obligațiile contractuale.

În plus față de definiția propusă de noi *ab initio*, și anume aceea conform căreia riscul este un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală, producând prejudicii unei persoane, începe să se creioneze și o definiție pragmatică, bazată pe efectele impregnate contractului de risc, și anume stingerea obligației și încetarea contractului. Așadar, în mediul contractual, riscul poate fi considerat un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, care destabilizează raportul contractual, dar care poate de asemenea duce la stingerea obligației și a raportului juridic.

Regulile de drept comun, dar și așa numita teorie a riscului reglementează efectele produse de anumite circumstanțe neprevăzute asupra câmpului contractual, mai precis asupra obligațiilor convenite de către părți. Pe tărâmul contractual, într-o primă instanță, ideea de risc pune în mișcare anumite mecanisme de prevenție în fața efectelor riscului. Mai apoi, prin teoria riscului, se gestionează situațiile juridice afectate de evenimentele neprevăzute care au apărut ulterior încheierii contractului și, în principiu, înainte de executarea obligațiilor născute din acesta, cu ajutorul mecanismelor juridice de imputare a riscului.

Privit și din alt unghi, riscul contractual se îngemănează și cu ideea de previziune și prevenție. Ținând cont de acestea, noțiunea de risc în cadrul contractului este în mod util întrebuiată, pe de o parte, pentru prevenirea riscului, iar pe de altă parte, pentru imputarea riscului. Astfel, contractul gestionează nu numai proiectul, în cazul în care faza de executare a acestuia coincide perfect cu înțelegerea inițială, fiind una conformă, dar se atașează și deviațiilor pe care operațiunea putea să le cunoască prin raportare la traseul ideal convenit de constructorii lui, de exemplu în situația intervenirii aleatorului în relația dintre părți și obligațiile conținute în contract. Dreptul intervine în acest raport juridic, raportând rupturile intervenite în traseul prevăzut de părți la momentul încheierii contractului și stabilind modurile de soluționare a acestora, pornind de la ideea de risc.

O astfel de perspectivă duce la conceperea contractului în contextul său temporal și, astfel, la considerarea acestuia ca "un act de previziune"¹⁰. Incertitudinea are capacitatea de a lăsa o amprentă asupra oricărui contract, prin manifestarea "părții sale ireductibile"¹¹, inerentă decalajului temporal care se naște între schimbul consimțămintelor și executarea efectivă a obligațiilor contractuale.

Din acest unghi al previziunii, contractul presupune prin definiție o proiecție în viitor a posibilelor elemente aleatorii care ar putea interveni în executarea corespunzătoare a obligațiilor pe care le conține. Previziunea este deci "necesarmente ipotetică"¹². În această proiectare trebuie ținut cont de obstacolele intervenite în momentul executării obligațiilor, creanțe care sunt expuse evenimentelor aleatorii a căror varietate, origine și efecte depinde de posibilele modalități de manifestare ale hazardului în viața de zi cu zi. Ne raliem și noi opiniei conform căreia "incertitudinea locuiește în raportul contractual, iar dreptul are rolul de a integra posibilele efecte perturbatoare în câmpul contractual, aspecte care au fost neglijate în momentul nașterii acestuia"¹³.

Studiul riscului în cadrul contractului tinde să demonstreze, în globalitatea sa, "unitatea noțiunii revelată de funcția sa"¹⁴. Riscul permite să opereze, în interiorul raportului contractual, o imputare a sarcinii *alea*. În plus, o introspecție în raționalitatea regulii privitoare la această imputare va permite reculul diversității noțiunii în cadrul utilizărilor operate de către drept. Dacă noțiunea de *risc* în contract pare a se uni în jurul dezechilibrului creat, pluralitatea faptelor constitutive de *alea*, la fel ca efectele asupra raportului contractual bruiază în schimb această tentativă delicată de punere în coerență. Putem astfel observa diferențele de sens dintre cele două noțiuni *riscul* și *aleatoriul*, pornind de la efectele asupra contractului.

În mediul contractual, teoria riscului apare ca o tehnică de gestionare a efectelor actului în prezența aleatorului, care a dus la imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații sau de realizare a unui drept. Nu este deci vorba doar despre repararea unui prejudiciu, ci de

amenajarea efectelor fortuitului asupra contractului¹⁵. În plus față de aceste două componente, aleatoriul și prejudiciul, nu trebuie neglijată nici necesitatea de previziune prezentă în momentul întâlnirii voințelor părților contractante. Această nevoie de a prevedea cât mai multe din situațiile posibile care pot afecta executarea contractului justifică existența regulilor de imputare a riscului. În concluzie, riscul în contracte implică "reglementarea" aleatoriului care influențează executarea convenției, prin stabilirea regulii de imputare incidente.

1.3. Definiții doctrinale a riscului în contracte

Pentru delimitarea sensului noțiunii de risc în contracte de cel general din dreptul privat, atât în doctrina română, cât și în cea franceză s-a pornit de la definiția *riscului juridic*.

Într-o lucrare de referință din doctrina română¹⁶, se consideră că "În domeniul dreptului, noțiunea de risc are înțelesuri tehnice. Aceste sensuri tehnice nu se îndepărtează fundamental de sensul corespunzător limbajului obișnuit. (...) Gradul și forma în care fiecare element (eventualitatea și pericolul) se combină cu alți factori (e.g. previzibilitatea și imprevizibilitatea, culpa și fortuitul, etc), precum și relațiile sociale cu care riscul interferează modulează fațete complexe, cu funcționalități prolifice". Mai apoi, se afirmă că "În materia contractelor, problema riscului se întâlnește în contextul unui contract a cărui executare în tot sau în parte a devenit imposibilă ca urmare a survenienței unei împrejurări mai presus de voința părților". Același autor, pentru delimitarea generală a cadrului problemei analizate, și anume riscurile în contracte, folosește noțiunea de risc cu înțelesul de "efect al unui eveniment incert și imprevizibil asupra raportului juridic civil", riscul contractual fiind doar "cel derivat din imposibilitatea fortuită de executare a contractului, și nu orice inconvenient ulterior, de natură fortuită, care perturbă proiectul contractual". În conturarea noțiunii de risc în contracte se poate deci observa legătura strânsă dintre noțiunea de risc și cea a imposibilității fortuite de executare.

În același sens, profesorul Liviu Pop consideră că "problema riscurilor contractuale se pune în strânsă legătură cu una din cauzele de stingere a obligațiilor, care este imposibilitatea fortuită de executare"¹⁷.

O definiție prin care noțiunea de risc se asociază cu efectele produse este propusă de profesorul Paul Vasilescu. Astfel, un alt sens atribuit riscului în mediul juridic, care este păstrat și în domeniul contractelor civile, este acela de "hazard periculos cu consecințe păgubitoare, care impune asumarea consecințelor sale negative de o persoană, dar care nu creează neapărat pericolul păgubitor, ci poate profita de el ori încearcă să îl țină în frâu"¹⁸.

Pe cale de consecință, în general, în doctrina română, există un oarecare semn de egalitate între imposibilitatea fortuită de executare și riscul contractual. Nu suntem de acord cu această abordare, motivarea pe larg a poziției noastre fiind cuprinsă într-un capitol viitor (vezi 1.4.1.). Considerăm că definiția îmbrățișată de profesorul Paul Vasilescu este una care se apropie de abordarea noastră. Astfel, riscul contractual păstrează elementele definitorii ale riscului din dreptul privat, și anume previzibilitatea și prejudiciul, fiind particularizat prin efectele produse asupra câmpului contractual.

Inventariind și doctrina franceză, vom observa ca nu există studii ample care să trateze tematica riscului. Cu toate acestea, fiecare doctrinar din dreptul privat a încercat o definire a riscului. În cele ce urmează, am selectat o parte din definițiile riscului prezente în lucrările din doctrina franceză.

O primă definiție a *riscurilor*, și nu a *riscului*, astfel cum l-am delimitat noi, este aceea de "accidente fortuite (sic!) care ating în mod intrinsec lucrul în existența sa materială și după aceea, din cauza cărora s-a deteriorat sau a pierit"¹⁹. Referința la atingerea intrinsecă permite autorului să facă distincția dintre acestea și ipoteza "circumstanțelor extrinseci, administrative, politice, economice, care pot să crească sau scadă valoarea, dar care nu sunt în general cuprinse în accepțiunea juridică a cuvântului *riscuri*"²⁰. Mai apoi, autorul precizează că cuvântul *riscuri* "implică în mod necesar ideea de un caz fortuit și al forței majore, de care debitorul nu poate fi declarat responsabil". Chiar dacă se dorește determinarea câmpului de aplicare al teoriei riscului, sau mai degrabă al câmpului pertinentei cuvântului *riscuri*, independent de altă noțiune juridică, această opinie este una importantă din perspectiva faptului că se susține că, fără forța majoră, nu poate exista chestiunea riscului și că cele două noțiuni sunt pe cale de consecință îndeaproape conectate.

Într-o altă lucrare de referință din doctrina franceză²¹ se operează o distincție între sensurile cuvântului *riscuri* în funcție de obiectul lor. În cazul *res perit debitori*, riscurile semnifică riscul contractului. Conform acestor autori, contractul poate produce în totalitate efectele sale și se întreabă cine va suporta consecințele imposibilității de executare. În schimb, în cazul unei obligații de a da, "imposibilitatea de executare constă cel mai adesea în pierderea fortuită a lucrului. Or, această pierdere constituie riscul lucrului"²².

Profesorul Jean Carbonnier recurge de asemenea la aceeași distincție, dar adaugă că în materia contactelor translativ de proprietate, cele două noțiuni se confundă sau se suprapun: "riscurile contractului iau aici un aspect particular: sunt, în același timp, riscurile lucrului care sunt obiectul contractului"²³. De asemenea, se face distincția între teoria riscurilor și teoria riscului. Prima se consideră că este cu privire la consecințele imposibilității de executare în contractele sinalagmatice, atunci când această imposibilitate rezultă dintr-o forță majoră, în timp ce teoria riscului este echivalentul responsabilității fondate pe risc în materie delictuală²⁴.

În definițiile de mai sus, se insistă pe caracterul exterior, involuntar și imprevizibil al riscului contractual. În mod similar cu doctrina română, apar sinonimii imperfecte între riscul contractual și imposibilitatea fortuită de executare. În plus, în doctrina franceză riscul contractual și forța majoră sunt două noțiuni intens conectate una de cealaltă. Opinia noastră este aceea că forța majoră sau aleatoriul în general este doar elementul care activează teoria riscului și care permite nașterea regulilor de imputare și suportare a riscului, astfel că acesta este o parte importantă a riscului, fără însă a putea fi confundat sau asimilat complet cu noțiunea de *risc*. Pentru activarea teoriei riscului, a efectului exonerator de răspundere și pentru determinarea specificului acțiunii care trebuie urmată, în plus față de aleatoriu, mai este necesar și un ingredient catalizator.

Pe cale de consecință, nu există sinonimie perfectă nici între risc și imposibilitatea fortuită de executare, nici între risc și forța majoră, mecanismul juridic activat de risc fiind unul complex, care implică mai multe acțiuni și elemente, în funcție de datele factuale în care se

manifestă. În plus față de imposibilitatea fortuită de executare și de forța majoră, riscul presupune și ancorarea sa într-un raport juridic și producerea unui efect, de cele mai multe ori un prejudiciu. În lipsa prejudiciului, niciuna dintre regulile de atribuire și suportare a riscului nu s-ar mai justifica, riscul putând fi considerat cel mult un mod de stingere a unei obligații.

1.4. Delimitarea noțiunii de risc de alte sintagme juridice

Deseori, *riscul* a fost și, uneori, încă este explicat prin alte noțiuni. În demersurile de definire și explicare ale termenului *risc* s-a apelat la alte instituții sau sintagme juridice tocmai pentru că fațetele riscului erau multiple și nu puteau fi încadrate într-un anume stereotip. Dintre aceste noțiuni înrudite cu riscul, am inclus în analiza noastră doar o parte, printre care imposibilitatea fortuită de executare (1.4.1.), cauza (1.4.2.), condiția rezolutorie (1.4.3.) și caducitatea (1.4.4.). Selecția s-a făcut ținând cont de punctele de legătură și confuziile existente deja în doctrină. Finalitatea acestui demers are ca utilitate trasarea caracteristicilor noțiunii de *risc* în dreptul contractelor, pornind de la diferențele care există între această noțiune și celelalte mai ample cercetate.

1.4.1. Riscul și imposibilitatea fortuită de executare

Imposibilitatea fortuită de executare este considerată²⁵ ca fiind una dintre premisele teoriei riscului în mediul contractual. În mod evident, nu orice imposibilitate de executare duce la risc, ci doar cea care are ca premise evenimentele fortuite, aleatoriu. În celelalte situații în care apare o imposibilitate de executare, poate fi incidentă culpa și deci cazurile de răspundere contractuală sau delictuală.

Într-un atare context, considerăm necesară stabilirea raportului dintre risc și imposibilitatea fortuită de executare. O primă problemă o reprezintă sfera de aplicare a celor două noțiuni și evidențierea unor eventuale suprapuneri. În clarificarea acestei situații, trebuie luate în considerare definițiile celor două noțiuni. În articolul 1634 C. civ. se reglementează atât imposibilitatea fortuită definitivă de executare, cât și cea temporară. Noțiunea de imposibilitate fortuită definitivă de executare este definită astfel: "Debitorul este liberat atunci când obligația sa nu mai poate fi executată din cauza unei forțe majore, a unui caz fortuit ori a unor alte evenimente asimilate acestora, produse înainte ca debitorul să fie pus în întârziere". După cum putem observa, imposibilitatea fortuită de executare este definită ca fiind un caz de liberare a debitorului și implicit de stingere a obligației sale, fiind privită strict din poziție obligațională, fără a o corela cu contractul sau cu un alt act juridic.

Pornind de la această definiție legală, putem oare reduce riscul la imposibilitatea de executare? Altfel spus, este riscul cuprins în sfera mai mare a imposibilității fortuite de executare a unei obligații și deci strict în legătură cu obligația? Cu certitudine, și riscul duce la stingerea unei obligații, dar efectele sale se răsfrâng asupra întregului contract, nu doar asupra unei obligații. Când analizăm imputarea sau suportarea riscului, o facem din perspectiva efectelor produse de risc asupra ansamblului contractual, nu doar asupra unei obligații. Stingerea obligației din cauze fortuite va avea ca urmare și încetarea contractului, dacă această obligație era una esențială. În cazul în care imposibilitatea de executare se referă la o obligație neesențială, chiar

dacă aceasta se stinge, încetarea contractului va fi o chestiune discutabilă. Într-o atare situație, există posibilitatea reconfigurării traseului contractual stabilit inițial, nefiind întotdeauna incident vreun caz de încetare a efectelor contractului.

Pentru o mai clară delimitare a celor două noțiuni, reiterăm definiția riscului propusă de noi, și anume că acesta este un factor extern, aleatoriu, previzibil, dar incert, raportului juridic, care dezechilibrează ordinea contractuală, producând prejudicii unei persoane. Din această perspectivă, riscul pare a se suprapune peste imposibilitatea de executare, dar nu total, neexistând o sinonimie perfectă. Riscul există doar dacă produce efecte asupra unui contract, cauzând prejudicii uneia dintre părți și nu raportat doar la o obligație. Simplul fapt al neexecutării fortuite a unei obligații, înafara unui cadru contractual și în lipsa existenței unui prejudiciu, nu este de natură să activeze teoria riscului.

Gândind invers problema, se ridică întrebarea dacă putem imagina un exemplu de imposibilitate fortuită de executare care să nu activeze teoria riscului. Din acest unghi, considerăm că imposibilitatea fortuită de executare este cuprinsă în noțiunea de risc, neputând reechilibra contractul decât apelând la regulile de imputare și suportare a riscului. Fără activarea teoriei riscului, imposibilitatea fortuită de executare ar produce doar efectul său specific, stingerea obligației, fără a influența soarta actului care cuprinde acea obligație. Obligația nu poate exista de sine stătător, ea fiind întotdeauna integrată într-un act juridic. Astfel, orice eveniment care influențează viața obligației va afecta și actul juridic.

Pe cale de consecință, relația dintre imposibilitatea fortuită de executare și risc poate fi privită astfel: în timp ce imposibilitatea fortuită de executare reprezintă un mecanism juridic prin care se stinge obligația imposibil de executat, aleatoriul activează teoria riscului prin care se amenajează efectele acestuia asupra ansamblului contractual.

Problematica riscului apare așadar ca fiind mai largă, punându-se problema atribuirii și suportării riscului și în alte cazuri decât cele determinate de imposibilitatea fortuită de executare. Această concluzie este una în deplină coroborare cu viziunea asupra riscului conform căreia acesta prezintă contururi variabile în dreptul nostru civil, menținându-și o structură fermă însă.

1.4.2. *Riscul și cauza*

De-a lungul timpului, s-a încercat explicarea riscului și a efectelor sale apelând la cauză. O astfel de alăturare a pornit de la premisa că, o dată cu survenirea riscului, dispare utilitatea contractului pentru una dintre părți și implicit cauza pentru care s-a contractat.

Încercarea de a desluși riscul prin noțiunea de cauză este o chestiune dificilă, ambele noțiuni nefiind clar conturate. Riscul e survenit și exogen actului, mai precis momentului încheierii acestuia, chiar dacă este previzibil, în timp ce cauza este întotdeauna contemporană și endogenă actului. În cazul contractelor aleatorii linia dintre cele două este una subțire, întrucât acestea sunt exemple de asimilare, de apropiere *ab initio* a riscului, în momentul încheierii actului.

Având în vedere diferențele vizibile dintre cele două noțiuni, în studiul de față am preferat să apelăm la noțiunea de obligație pentru a explica riscul în contracte. Această abordare deși mai simplă, pare a fi mai palpabilă și mai ușor de înțeles, ținând cont de faptul că riscul afectează într-o primă instanță obligațiile contractuale.

1.4.3. *Riscul și condiția rezolutorie*

În încercările doctrinale de definire a riscului și de stabilire a limitelor sale în cadrul contractual, acesta a fost deseori asociat cu condiția rezolutorie. S-au făcut astfel corelații între ideea de risc și un element modal al contractului.

O parte dintre întrepătrunderile dintre risc și condiție sunt inventariate în cele ce urmează. Atât riscul, cât și condiția afectează executarea obligației, ducând uneori la stingerea ei și la desființarea contractului. Incertitudinea reprezintă o parte din ambele noțiuni, la risc fiind mai pregnantă. Atunci când se manifestă riscul, întreg contractul este aneantizat, de cele mai multe ori înainte de producerea efectelor sale, pe când în cazul unui contract încheiat sub condiție, drepturile și obligațiile pot fi duse la îndeplinire și respectate. Sub imperiul Codul civil 1864, condiția era considerată singura explicație legală a generalității aplicării teoriei riscului²⁶.

Această explicație a riscului prin prisma condiției este una întortocheată, mai ales ținând cont de noile prevederi legale. Așadar, nu mai este necesară nici această asociere între risc și condiție, nici explicarea generalității aplicării teoriei riscului prin prisma condiției, atât riscul, cât și condiția reprezentând noțiuni distincte în dreptul contractelor.

1.4.4. *Riscul și caducitatea*

În doctrina actuală²⁷ se consideră că sancțiunea caducității se suprapune de regulă peste ipoteza imposibilității fortuite de executare a unei obligații, ca urmare a intervenției forței majore. Astfel, se apelează la caducitate pentru a rezolva așa numitul risc al obligației imposibil de executat, afirmându-se că "drumul de la caducitatea obligației la caducitatea contractului trece prin teoria riscurilor". Din această perspectivă, apare o "suprapunere funcțională" între caducitate și riscul obligației imposibil de executat.

În ceea ce privește raportul dintre risc și caducitate sub auspiciile Codului civil 1864, doctrina²⁸ a susținut că "încetarea contractului pentru imposibilitate fortuită de executare nu se confundă cu caducitatea care are o sferă mult mai largă de aplicare" și că "caducitatea are drept cauză dispariția oricăruia dintre elementele constitutive, care alcătuiesc anatomia unui act juridic".

Având în vedere că, din optica noastră, nu putem discuta de un risc al obligației în cadrul unui contract, ci doar de riscul contractului, rămâne să analizăm raportul dintre riscul contractului și caducitate. Deși efectele celor două sunt aceleași, și anume desființarea contractului, considerăm că cele două noțiuni sunt autonome și nu e necesară apelarea la caducitate pentru a explica efectele produse de risc în mediul contractual, întrucât, plecând de la normele legale referitoare la imposibilitatea fortuită de executare se pot analiza fără echivoc efectele riscului asupra contractului, și anume stingerea obligației dislocate de risc și desființarea contractului, dacă aceasta era una esențială.

Așadar, având în vedere că teoria riscului este, printre altele, și o tehnică de gestionare a obligațiilor contractuale în fața imposibilității fortuite de executare, suportarea riscului de către una dintre părți, ca urmare a jocului teoriei riscului, nu atrage întotdeauna desființarea contractului, lucru ce delimitează efectele teoriei riscului de caducitate.

Concluzii

Teoria riscului are ca scop principal soluționarea impedimentelor apărute în executarea contractului atunci când acesta este lovit de aleatoriu. Datorită aleatoriului care intervine peste voința părților, regulile de atribuire a riscului conțin o specificitate, astfel că riscul în contracte nu poate fi confundat nici cu imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații, nici cu elementele structurale ale contractului – cauza și condiția, nici cu alte cauze de stingere a obligației și a efectelor contractului cum este caducitatea.

Cu toate că de cele mai multe ori se ajunge la desființarea convenției atacate de risc, regulile prin care se încearcă o reechilibrare a proiectului inițial convenit sunt specifice teoriei riscului și nu pot fi aplicate unor situații similare. Nota distinctivă a acestei teorii este dată de natura obligațiilor pe care le afectează riscul și de tipul de contract în care intervine.

2. Regim juridic

În acest capitol vom analiza noțiunile de *riscul lucrului*, *riscul obligației* și *riscul contractului*. Mai apoi, vom examina și regulile de atribuire a riscului, printre care celebrul *res perit domino*, urmat de *res perit debitori*, *res perit creditor* și *res perit detinente*. Din această perspectivă, considerăm că asistăm la o dezvoltare a efectelor riscului în dreptul civil, redactorii Codului civil aventurându-se să creeze noi reguli în materia contractelor translativ de proprietate. Dată fiind noutatea adusă de Codul civil, prin studiul nostru ne vom alătura și noi în discuțiilor care, actualmente, se poartă asupra dificultăților de aplicare a acestor noi texte normative.

2.1. Unul și același risc într-o triplă ipostază - riscul contractului, riscul obligației și riscul lucrului

În funcție de natura raportului juridic (act unilateral sau contract), de tipul de contract (bilateral sau unilateral, cu titlu oneros sau cu titlu gratuit) și de obligațiile cărora li se atașează ideea de risc (de a da sau de a face, patrimoniale sau *intuitu personae*), doctrina a aplicat ideea de risc la diferite realități juridice, apărând astfel mai multe tipuri de risc – riscul lucrului, riscul obligației și riscul contractului - și mai multe reguli aplicabile – *res perit domino* (în traducere – "lucrul pierde pentru stăpân"²⁹ sau "un bun pierde în dauna proprietarului său"³⁰), *res perit debitori* (în traducere – "lucrul pierde pentru debitor"³¹), *res perit creditor* (în traducere – lucrul pierde pentru creditor) și mai nou³² *res perit detinente* (în traducere – lucrul pierde pentru detentor). Între aceste tipuri de risc și regulile de mai sus s-au făcut corelații și s-au dezvoltat raporturi de interdependență.

Studiul nostru se limitează însă la contractul civil și la tipurile de contract afectate de risc, fără a exclude posibilitatea ca riscul să se manifeste și în cadrul actelor juridice unilaterale sau a contractelor din dreptul public. Ori de câte ori echilibrul contractual este lovit de aleatoriu apare așa numita problematică a riscului și a suportării lui.

O primă neclaritate este reprezentată de stabilirea asupra ce poartă riscul: obligației, bunului sau contractului. Deși riscul afectează întotdeauna o obligație, indiferent de tipul acesteia (de a face sau de a da), efectele acestuia se răsfrâng asupra ansamblului contractual.

Regulile deja consacrate, *res perit domino, res perit debitori și res perit creditor*, par a confirma faptul că riscul și efectele sale trebuie privite doar prin prisma și în legătură cu obligația.

În doctrină³³ s-a afirmat că "problema riscurilor în sens tehnic se pune în legătură cu imposibilitatea executării unei obligații a cărei cauze nu este în mod necesar pieirea lucrului". Mai mult, s-a susținut că "inapținutudinea unui singur adagiu de a explica toate situațiile în care se manifestă riscul a dat naștere mai multor adagii", fiind necesară analiza mai multor *tipuri* de riscuri - riscul lucrului, riscul obligației imposibil de executat, riscul obligației corelative și riscul contractului. Codificările civile jonglează și ele cu aceste sintagme, fără a le diferenția sau delimita.

Ne detașăm de aceste opinii doctrinale, considerând că în planul contractual, nu putem vorbi despre riscul obligației, al lucrului sau al obligației corelative, ci doar de riscul contractului. Motivele noastre sunt explicate mai jos, pornind într-o primă instanță de la analiza opiniilor deja exprimate în doctrină, iar ulterior prin discernerea acestora și cercetarea în detaliu a rațiunii lor. În cele ce urmează vom examina așadar pe rând riscul lucrului (2.1.1.), riscul obligației (2.1.2.) și riscul contractului (2.1.3.), cu nădejdea că vom clarifica întinderea și cuprinsul lor.

2.1.1. *Riscul lucrului*

În doctrină³⁴, se susține că "riscul lucrului ar trebui să caracterizeze situația statică, independentă de orice raport obligațional, a raportului real de proprietate". În plus, "scopul unei astfel de categorii ar fi de a răspunde la întrebarea dacă proprietarul va fi indemnizat de cineva pentru pieirea lucrului său sau va suporta el pierderea patrimonială, în aceeași categorie fiind înscrisă și problema riscului pieririi lucrului ca obiect derivat al altor drepturi reale". Ca un corolar, s-a susținut că "riscul lucrului trebuie cantonat exclusiv în materia drepturilor reale, ca descriind problema suportării pagubei rezultate din pieirea lucrului în absența oricărei legături obligaționale"³⁵.

Nu suntem de acord cu o astfel de abordare, având în vedere că unei atare situații non-obligaționale nu i se poate aplica teoria riscului, neexistând vreo normă specifică aplicabilă. Obligația este singura în măsură să fie afectată de risc, dreptul real nu. Riscul dislocă tocmai legătura obligațională, caz în care este necesar stabilirea regulilor aplicabile. Dreptul real este afectat în substanța sa de risc, fiind impropriu spus că proprietarul suportă riscul. Acesta va pierde dreptul de proprietate ca urmare a unui eveniment fortuit, nu pentru că suportă sau i se impută vreun risc. Suntem într-o situație clasică a stingerii unui drept ca urmare a intervenirii unui caz fortuit sau a unei forțe majore. Stingerea operează fără a fi necesară stabilirea vreunei reguli de imputare sau suportare a riscului și e independentă de noțiunea de risc. Aici ar fi granița dintre aleatoriu și riscul contractual.

Astfel cum este definit acest risc al lucrului, el este conectat cu *res perit domino*, afirmându-se că această regulă își găsește veritabilă aplicare în materia drepturilor reale, rezultând din firea lucrurilor, explicându-se mai departe că "proprietarul nu poate pretinde nimănui o despăgubire sau orice altă formă de compensare sau indemnizare pentru pierderea fortuită a bunului său. Riscul lucrului este împărțit între titularii drepturilor reale asupra acestuia și nu suportat a priori de proprietar"³⁶.

Din perspectiva noastră, *res perit domino* astfel cum este reglementată de art. 558 C. civ. nu apare ca fiind o veridică regulă sau principiu de drept. Textul articolului 558 C. civ. pare mai degrabă a fi o explicație în termeni juridici a unui fapt evident - survenirea unui risc duce la pierderea dreptului de proprietate. Prin prevederea legală invocată mai sus nu se normează un comportament, ci doar se exprimă un efect juridic al riscului (stingerea dreptului de proprietate). Considerăm că riscul nu poate fi analizat într-un mediu extra-contractual³⁷, non-relațional, adică doar în legătură cu dreptul de proprietate pentru că riscul afectează drepturile și obligațiile în ansamblul lor. Prevederile art. 558 C. civ. statuează evidentul, și anume că proprietarul unui bun va suporta paguba provocată ca urmare a pieririi fortuite a bunului său. Proprietarul suportă o simplă pierdere patrimonială, și nu un risc, neputând fi vorba despre o regulă de imputare a riscului contractual. Pentru a angrena teoria riscului și a decide ce regulă aplicăm, riscul trebuie conectat în primul rând cu o obligație și mai apoi cu totalitatea drepturilor și obligațiilor pe care le afectează.

În ceea ce privește situația în care titularii drepturilor reale suportă riscurile proporțional cu întinderea drepturilor fiecăruia, această chestiune este reglementată în mod expres de către Codul civil prin norme speciale, derogatorii de la cele generale. În materia uzufructului, art. 731 C. civ. prevede că "Uzufructuarul și nudul proprietar nu sunt obligați să reconstruiască ceea ce s-a distrus datorită vechimii ori dintr-un caz fortuit", norme care se traduc prin faptul că riscul pieririi fortuite nu e suportat nici de uzufructuar, nici de nudul proprietar. Într-o atare situație, uzufructul se stinge conform art. 748 C. civ.. Și dreptul de ipotecă se stinge ca urmare a pieririi fortuite a bunului (art. 2428 C. civ.), fără a exista norme speciale cu privire la atribuirea riscului.

Pe cale de consecință, suntem de părere că *riscului lucrului* nu există ca atare, el fiind situat întotdeauna într-un cadru obligațional pendinte, raportându-se astfel la contract și fiind integrat în așa numitul risc al contractului. Pierirea lucrului perturbă echilibrul contractual. În avalul acestei perturbări, executarea uneia dintre obligații este compromisă, din unghiul obiectului său, afectat de evenimentul fortuit. Lucrul în substanța sa este afectat de evenimentul fortuit, obligația este influențată de risc, efectele afectează obligația. Riscul poartă astfel asupra lucrului, și pe cale de consecință, asupra obligației afectate și, la final, asupra echilibrului contractual.

Suntem de acord cu opinia conform căreia "situată într-un cadru obligațional pendinte problema pieririi lucrului va trebui raportată la relația creditor-debitor", dar nu putem agree soluția conform căreia "riscul lucrului, (...) aparține în continuare proprietarului, chiar și în analiza riscului în contractele translativ de proprietate, întrucât dacă proprietatea s-a transferat, paguba va fi a cumpărătorului, care nu va fi despăgubit de către vânzător cu valoarea lucrului. Singura consecință, pierderea dreptului la preț, marchează riscul obligației corelative, și nu riscul lucrului"³⁸. Rămânem și noi constanți în susținerea faptului că, într-o asemenea situație, nu se poate analiza riscul lucrului, al obligației sau al obligației corelative, ci al contractului. Pentru o soluționare corectă a situației juridice afectate de risc trebuie privit global angrenajul contractual și astfel vom putea concluziona ce regim juridic este aplicabil și care regulă este incidentă.

2.1.2. *Riscul obligației*

În doctrină³⁹, se consideră că "în prezența unei legături obligaționale în legătură cu lucrul discutăm suplimentar și distinct și de riscul obligației, adică de problema de a ști cine suportă în cadrul obligațional inconvenientele imposibilității fortuite de executare". De asemenea, se susține că "riscul neexecutării pentru cauze fortuite a unei obligații ar trebui denumit riscul obligației", scopul unei astfel de categorii fiind acela "de a răspunde la întrebarea dacă debitorul este exonerat sau nu de obligația sa".

Într-o atare situație, când riscul apare într-un cadru contractual, al cărui obiect îl reprezintă un bun, nu vom putea discuta și de riscul lucrului și de cel al obligației, ci doar de cel al contractului, în funcție de natura raportului juridic, fiind aplicabilă una dintre regulile consacrate de reglementările în vigoare.

Mai mult, atunci când riscul lovește într-o obligație contractuală, nu putem analiza dacă debitorul este exonerat de obligația sa, decât prin raportare la tipul contractului. Într-o atare situație, va fi necesară identificarea efectelor pe care le-a avut riscul asupra întregului raport juridic, și nu doar asupra obligației devenite imposibil de executat. Astfel, întotdeauna vom fi în prezența unui risc al contractului.

2.1.3. *Riscul contractului*

Expresia *riscul contractului* vizează ideea conform căreia obligațiile convenite în contract sunt expuse la *alea*, în cazul cărora teoria riscului permite reglarea atribuirii acestuia uneia dintre părți. În doctrină⁴⁰ se consideră că riscul în contractele sinalagmatice presupune de fapt rezolvarea a două probleme distincte care implică "două riscuri în sens tehnic: pe de o parte, un risc al obligației devenite imposibil de executat din cauze fortuite, și pe de altă parte, un risc al obligației corelative care se va perpetua sau nu, după rezolvarea dată problemei riscului". Mai mult, chiar dacă există texte speciale de lege prin care se reglementează riscul obligației, putem discuta de aplicarea lor doar într-un cadru contractual în care vom analiza tot riscul contractului, privit în mod global.

În cazul în care o singură obligație este afectată de risc într-un cadru contractual, obligație esențială sau neesențială, obligație care face parte din jocul sinalagmatismului sau care nu are o alta corelativă, întotdeauna vom analiza un risc al contractului. Riscul afectează contractul privit în globalitatea sa, iar în funcție de specificul și tipul obligației, dar și de tipul contractului, se va putea stabili regimul juridic aplicabil și regula care soluționează efectele riscului.

2.2. **Regulile de atribuire și suportare a riscului**

Teoria riscului se manifestă preponderent în mediul contractual, în planurile mai îndepărtate situându-se și alte acte juridice afectate de risc, printre care actul juridic unilateral, contractele administrative, dar și răspunderea delictuală. Tărâmul contractual are însă multe reliefuri, reprezentate de diversitatea tipurilor de contracte, dar și de specificitatea obligațiilor cuprinse într-un raport contractual. Acestea impregnează riscului anumite particularități, dând naștere diverselor reguli de atribuire a riscului. Nu ne raliem opiniilor doctrinale conform

căroră există o singură regulă de atribuire specifică contractelor, și anume *res perit debitori*, celelalte, *res perit domino*, *res perit detinente* și *res perit creditori*, fiind doar excepții. Considerăm că toate acestea reprezintă aplicări ale teoriei riscului în funcție de tipul contractului și natura obligațiilor conținute, stabilindu-se astfel regulile de atribuire a riscului.

Contractul este considerat din ce în ce mai des de către juriști ca fiind un instrument eminent economic⁴¹, prin care se reglează modalitățile de schimb pe piață. Din această perspectivă, riscul tulbură echilibrul contractual și astfel trebuie să fie stabilite reguli clare de atribuire a acestuia. În doctrină⁴² se susține că, "din punct de vedere economic, pentru societate ar fi dezirabil ca riscul să fie suportat de partea care este în măsură să le absoarbă cel mai ușor, adică cu cele mai mici costuri sau inconveniente". Astfel, riscul ar trebui suportat de partea cea mai pregătită din punct de vedere economic să-l gestioneze și pentru care situația este cel mai puțin oneroasă. O astfel de optică⁴³ a stat la baza considerării posibilității de a redistribui sarcinile riscului ca fiind o soluție echitabilă în domeniul contractual. Această abordare nu ar putea fi îmbrățișată cu ușurință în dreptul privat, mai exact în domeniul contractelor civile clasice, ci s-ar justifica mai degrabă în dreptul muncii și cel al asigurărilor.

Contractul civil afectat de imposibilitatea de executare, determinată de apariția aleatorului, trebuie totuși reechilibrat. Căutarea soluțiilor adecvate necesită o inspectare înafara regulilor specifice răspunderii. În procesul de stabilire al acestor reguli, locul principal nu este ocupat de repararea prejudiciului provocat de aleatoriu, ci de aranjarea efectelor produse de evenimentul imprevizibil și exterior asupra contractului. Dreptul vine astfel în întâmpinarea acestei nevoi, furnizând regulile de atribuire a riscului, în afara celor care conduc la imputarea răspunderii.

Caracterul sinalagmatic al contractului contribuie semnificativ la conturarea regimului juridic al riscului în dreptul privat. Acesta poate fi tradus ca un schimb de tip comercial, adică bazat pe prestații de o valoare echivalentă. Dar toate previziunile părților înglobate în instrumentul contractual sunt neputincioase în fața manifestărilor aleatorii pe care părțile nu le pot controla. Aceste evenimente se produc de cele mai multe ori sub auspiciile forței majore și au ca efect principal transformarea unei obligații valabile și posibil de executat într-o obligație moartă, lipsită de substanță și imposibil de executat. O astfel de disfuncțiune juridică este înlăturată de către drept prin teoria riscului.

În funcție de mecanismele juridice pe care le mobilizează și contextul în care se face recurs la teoria riscului, s-au conturat patru principale reguli de atribuire a riscului contractual: în cadrul contractelor sinalagmatice netranslative de proprietate se aplică cu preponderență *res perit debitori*, în cazul celor translative de proprietate – *res perit detinente* (fiind discutabilă menținerea *res perit domino* în actualul context legislativ), iar în cazul contractelor unilaterale este aplicabilă *res perit creditori*.

Aceste patru principale reguli de atribuire a riscului contractual: *res perit domino*, *res perit debitori*, *res perit creditori*, *res perit detinente* au menirea de a stabili persoana care va suporta riscul contractual, ținând cont de tipul obligației care nu mai poate fi executată și de tipul contractului. Nimic din comportamentul uneia dintre părți nu justifică suportarea riscului și a consecințelor păgubitoare de una dintre ele, dar cu toate acestea, riscul îi va fi imputat uneia dintre acestea. Forța majoră lovește contractul în echilibrul său inițial în măsura în care nicio obligație nu a fost executată, debitorul fiind împiedicat să-și execute obligația sa înainte de momentul în care ar fi putut sau trebuit să și-o îndeplinească.

O anume dificultate juridică survine în cazul reciprocității și interdependenței obligațiilor, în cazul contractelor sinalagmatice. Corelarea celor două obligații naște problema atribuirii riscului, ca urmare a survenirii imposibilității fortuite de executare. Regulile de mai sus trebuie să ofere o soluție și pentru soarta obligației neafectate de aleatoriu⁴⁴.

Este dificil de stabilit *a priori* o anumită ierarhie între regulile de atribuire a riscului, enumerate mai sus. Fiecare dintre acestea are specificitatea ei, câmpul său de aplicare și modalitatea diferită de raportare la contract. Din această perspectivă, vom încerca să evităm afirmațiile de genul *res perit debitori* reprezintă regula generală în materie contractuală, sau și mai mult de a lega anumite tipuri de contracte cu una dintre reguli, în mod indisolubil. Fiecare dintre acestea reprezintă o regulă aplicabilă anumitor situații, care variază în funcție de obligația afectată de risc și de natura contractului dezechilibrat.

Riscul pare destul de dificil de înscris într-un tipar, având un caracter flexibil și divers, chiar și atunci când se manifestă în același tip de contract. Premisa noastră rămâne una constantă: în funcție de tipul contractului și natura obligației afectate de risc se va putea stabili regula aplicabilă în ceea ce privește atribuirea riscului uneia dintre părțile contractante.

În continuare, vom analiza cele patru reguli – *res perit debitori* (2.2.2.), *res perit domino* (2.2.3.), *res perit detinente* (2.2.4.) și *res perit creditor* (2.2.5.) - din perspectiva modului în care intervin și se aplică, efectelor pe care le au asupra contractului și a posibilelor probleme, pornind însă de la un posibil izvor al acestor reguli, dreptul roman (2.2.1.).

2.2.1. Regimul juridic al riscului în dreptul roman al contractelor

În dreptul roman, regăsim o parte din teoria riscului din dreptul contemporan, sub forma *periculum est emptoris*⁴⁵. Jurisconsultul Justinian a optat pentru această regulă a *periculum emptoris*, însă nu se știe dacă această opinie reflectă poziția comună în dreptul clasic. Interpretarea acestei faimoase reguli și domeniul său de aplicare a dat naștere unor dezbateri contradictorii în doctrină. Profesorul Paul de Plessis⁴⁶ a inventariat atât studiile din jurul acestei reguli, precum și cele privitoare la relația dintre risc și culpă.

În perioada clasică a dreptului roman, termenul *risc* a fost folosit pentru a reflecta limitele exterioare ale răspunderii contractuale. Câmpul de aplicare al riscului era circumscris pierderii financiare născute din nerespectarea termenilor contractuali, care nu putea fi atribuită conceptelor de *dolus* sau *culpa* și care era rezultatul unui dezechilibru datorat unui eveniment neprevăzut și incontrollabil, de obicei descris ca *vis maior* sau *casus fortuitus*. Într-o atare situație, pierderea nu putea fi atribuită în mod legal comportamentului uneia dintre părțile contractului, astfel că, ordinea legală a dezvoltat o serie de "hard rules"⁴⁷ prin care s-a divizat pierderea financiară rezultând din evenimentul imprevizibil și incontrollabil între părțile contractante. Ideea de răspundere a fost astfel extinsă la situații care nu erau conectate cu ideea de culpă.

Astfel, în epoca clasică a dreptului roman, riscul s-a dezvoltat alături de răspunderea delictuală⁴⁸, de o manieră cazuistică. În multe situații, noțiunea de *risc* era asociată cu alți patru termeni, și anume *periculum*, *vis maior*, *casus (fortuitus)* și *vitium*. În funcție de circumstanțele în care se manifesta, forță majoră/*vis maior* sau caz fortuit/*casus fortuitus* sau *vitium*, riscul era suportat de una dintre părțile contractului. Suportarea *periculum*-ului implica suportarea pierderii financiare născute din aceste evenimente.

Gândirea juridică modernă⁴⁹ tratează *periculum* ca fiind termenul umbrelă, global, cu care se descrie "riscul" și atribuie o conexiune cauzală între termen și evenimentele menționate mai sus. *Vis major/casus fortuitus* este rațiunea pentru care *periculum* este suportat de una sau cealaltă parte. Juriștii romani au încercat să conceapă o categorie conceptuală cunoscută ca *periculum*, a cărei funcții a fost să convină asupra unor reguli în legătură cu suportarea riscului, iar în cadrul acestei largi categorii, au introdus alte două categorii conceptuale mai mici – *vis maior* și *casus fortuitus*.

Într-un studiu amplu⁵⁰ s-au investigat diverse înțelesuri legale ale termenului *periculum* din dreptul roman. Concluzia acestu a fost aceea că nu se poate afirma că *periculum* se referă la pierderea financiară care a apărut fără culpă. Într-adevăr, uneori termenul a fost folosit și când era prezentă culpa. În opinia acestui doctrinar, *periculum* nu însemna mai mult decât "posibilitatea unei pierderi".

De asemenea, într-o altă lucrare de referință din dreptul roman⁵¹ se consideră că *periculum* se referă la șansa sau posibilitatea ca obiectul vânzării să fie pierdut, distrus sau deteriorat. Regula *res perit domino* sau *casum sentit dominus* era recunoscută și în dreptul roman, astfel că înainte de încheierea contractului de vânzare, vânzătorul este cel care suporta riscul pierderii bunului, iar o dată cu transferul proprietății, acesta se transmitea cumpărătorului. Problema apărea în situația în care între momentul încheierii contractului și transferul proprietății a intervenit aleatoriul.

Opinia doctrinală⁵² exprimată cu privire la această situație era aceea conform căreia după încheierea contractului de vânzare, dar înainte ca obiectul vânzării să fie predat, vânzătorul este în aceeași poziție, raportat la obiectul vânzării, ca împrumutătorul, astfel că el este responsabil nu numai pentru neglijență, dar și pentru detenție. Altfel spus, doar riscul pierderii bunului din cauza forței majore (*periculum vis maioris*) este cel care a trecut, *emptio perfecta*, cumpărătorului, cumpărătorul trebuind să achite prețul fără a primi nimic în schimb. De cealaltă parte, în situații de *casus minor*, vânzătorul este cel răspunzător de prejudiciile produse ca urmare a non-executării.

În dreptul roman, există puține studii care au examinat conceptele de risc și culpă în tandem în vederea stabilirii influențelor și întrepătrunderilor celor două, și în ce măsură dezvoltarea unuia poate influența dezvoltarea celuilalt. În cercetarea profesorului Paul de Plessis se face referire la două tipuri de contribuții academice cu privire la conceptele de răspundere și risc în dreptul roman. Pe de o parte, regăsim *macro-narativii* care au pus pe hartă dezvoltarea istorică a conceptului de risc ca fiind una generală, în timp ce alte studii se focusează pe operațiunea acestor concepte în anumite contracte și prezintă cititorului o *micro-narațiune*. Ambele tipuri de abordare se bazează pe aceleași dovezi textuale, dar abordează materia din perspective foarte diferite și ajung la concluzii diferite. Încercarea de a integra *macro-narativii* în studiile *micro-narativilor* este una dificilă, profesorul Paul de Plessis încercând o astfel de comasare în cazul riscului în contractul de locațiune⁵³.

În dreptul roman al contractelor, noțiunea de risc apare astfel destul de vag conturată, fiind la răscruce de drumuri cu răspunderea delictuală și noțiunea de culpă. Regimul juridic al riscului era oarecum diferit de prezent, formarea contractului de vânzare cumpărare fiind diferită, perfectarea acestuia depinzând de tradițiunea bunului⁵⁴. Percepția era astfel diferită, dar regulile *res perit domino* și *res perit debitori* își au o parte din rădăcini în dreptul roman, fiind cosmetizate, adaptate și nuanțate în noile contexte legislative din dreptul contemporan.

2.2.2. *Res perit debitori*

În principiu, în majoritatea contractelor sinalagmatice oneroase lovite de un aleatoriu, debitorul obligației imposibil de executat suportă riscul contractului. Acest debitor, pe de o parte, se află în imposibilitate fortuită de a-și executa propria sa obligație, iar pe de altă parte, este cel care va suporta și riscul neexecutării contractului din partea cocontractantului său, creditorul obligației imposibil de executat. Subsecvent, o dată cu dispariția fortuită a contrapartidei care trebuia oferită de debitor creditorului său, creditorul nu mai poate fi ținut la executarea obligației sale. Astfel, creditorul este liberat de obligația sa, iar contractul este de cele mai multe ori desființat. În doctrină, se susține că într-o atare situație, "riscul are ca obiect obligația creditorului"⁵⁵, ca obligație reciprocă a celei care a dispărut ca urmare a survenirii aleatorului. Pe cale de consecință, suportarea riscului de debitorul obligației imposibil de executat implică în mod necesar renunțarea acestuia la executarea obligației corelative din partea celuilalt partener contractual⁵⁶, nemaexistând niciun temei în acest sens.

Într-o atare situație și pornind de la dispozițiile fragmentare ale Codului civil 1864, mai întâi jurisprudența a admis fără discuție *res perit debitori*, urmată fiind și de doctrină, care a detaliat aplicarea *res perit debitori*. O astfel de regulă apare doar atunci când există reciprocitate și comutativitate între obligațiile contractuale. Interdependența obligațiilor dintr-un contract sinalagmatic justifică atribuirea riscului debitorului. Această interdependență este considerată a fi "expresia unui imperativ comercial în funcție de care executarea unei obligații poate fi cerută doar dacă are o contrapartidă care fundamentează existența sa însăși"⁵⁷.

Justificările atribuirii riscului debitorului sunt diverse. Doctrina a evidențiat câteva dintre acestea, pornind de la echitate și moralitate și ajungând la menținerea echilibrului contractual. În acest sens, în doctrina română⁵⁸ și în cea franceză s-au exprimat opiniile enumerate mai jos.

Profesorul Liviu Pop⁵⁹ consideră că "temeiul sau fundamentul regulii *res perit debitori* se află în caracterul reciproc și interdependent al obligațiilor ce și le asumă contractanții". Justificarea este faptul că "obligația fiecărui contractant este cauza executării obligației de către celălalt contractant, iar imposibilitatea fortuită de executare a obligației debitorului lipsește de cauză obligația creditorului". Altfel spus, neexecutarea obligației uneia dintre părți lipsește de suport juridic obligația celeilalte care, astfel, nu va mai trebui să fie executată.

O altă idee expusă în doctrina română⁶⁰ este aceea conform căreia "admițând soluția stingerii pentru imposibilitate fortuită de executare, fără convertire în echivalent, la prima vedere, stingerea obligației corelative posibil de executat, se impune în virtutea unei soluții instinctive". Această opinie plasează fundamentul regulii *res perit debitori* între utilitate și echitate, pornind de la simplitatea soluțiilor propuse de aceasta. Din această perspectivă, întreaga teorie a riscului contractual "pune în lumină o limită a forței obligatorii a contractului"⁶¹.

În doctrina franceză⁶², s-a afirmat că reciprocitatea obligațiilor reprezintă explicația acestui rezultat de atribuire a riscului debitorului, ținându-se de asemenea cont de faptul că "cele două obligații născute din contractul sinalagmatic sunt solidare una cu alta, ..., și că niciuna dintre părți nu intenționează să se oblige fără a avea un profit". Conform autorului, în virtutea acestei reciprocități, "contractul se dizolvă deplin drept prin stingerea simultană a

obligațiilor celor două părți, când executarea sa de către una dintre părți a devenit imposibilă”. Apare deci foarte clar evidențiată legătura dintre caracterul sinalagmatic al raportului contractual și *res perit debitori*, care traduce o voință de a aneantiza contractul dacă echilibrul realizat prin reciprocitatea prestațiilor este rupt.

O altă opinie exprimată în doctrina franceză este aceea conform căreia regula atributivă de riscuri debitorului ”se justifică prin respectarea bunei-credințe și a principiului justiției comutative, teoria riscului bazându-se pe dorința de moralizare a contractului”⁶³. Aceste idei de bună-credință și moralitate își găsesc fundamentul în considerarea debitorului ca partea contractantă datoare, care se obligă și care deci se află pe o poziție de inferioritate. Pentru a echilibra balanța, debitorul trebuie să fie cel care suportă riscul contractului, instituindu-se astfel o așa numită justiție comutativă.

Pornind de la aceste opinii doctrinale, putem conchide, într-o primă instanță, că transpare importanța atașată interdependenței obligațiilor, dezechilibrată de către imposibilitatea fortuită de a executa una dintre obligații. Referința la comutativitate accentuează ideea unui schimb fondat pe o egalitate a prestațiilor promise. Autorii evocă în plus buna credință și moralitatea contractului pentru a justifica justetea și echitatea atribuirii riscului debitorului. Astfel, atâta timp cât debitorul nu e în măsură să satisfacă așteptările creditorului, acesta nu poate pretinde să obțină contrapartida la care era îndreptățit și ”a cărei origine se găsea în același fruct al voinței lor comune”⁶⁴. Obligația creditorului este indiscutabil subordonată celei a debitorului, căreia nu poate să îi supraviețuiască.

Mai apoi, se evidențiază caracterul sinalagmatic al contractului ca raționament juridic care prezidează justificarea soluției de atribuire a riscului debitorului. De aici derivă una din efectele aplicării teoriei riscului în contract, și anume stingerea obligației afectate de risc din motive fortuite, pe de o parte, și liberarea creditorului de obligația sa corelativă, pe de altă parte. Astfel, debitorul va suporta riscul contractului, în măsura în care forța majoră l-a plasat în imposibilitatea de a respecta angajamentul său față de creditor, neputând pretinde ca această sarcină să cadă pe umerii creditorului său. Debitorului i se atribuie consecințele păgubitoare ale aleatorului în momentul în care imposibilitatea de executare a intervenit, rupând echilibrul contractual și bulversând termenii contractuali inițial negociați. Rațiunea contractului de a mai exista este de asemenea aneantizată.

Reperetele și justificările expuse mai sus contribuie la conturarea noțiunii de *res perit debitori*, norma principală din materia riscului contractual. Acestea nu sunt aplicabile și contractelor bilaterale prin care se constituie sau se transferă un drept real. Sub auspiciile Codului civil 1864, era consacrată celebra regulă *res perit domino*, în timp ce în prezent, Codul civil a creat o regulă proprie, mult dezbătut art. 1274 coroborat cu art. 558, denumită de doctrină⁶⁵ *res perit detinente*.

2.2.3. *Res perit domino*

Sub imperiul Codului civil 1864, suportarea riscului era în strânsă legătură cu transmiterea dreptului de proprietate. Regula instantaneității transmiterii consensuale a proprietății implica, într-un mod logic, ca riscurile pieirii fortuite a bunului înstrăinat să urmeze traseul juridic al proprietății, proprietarul trebuind să suporte riscul, inclusiv în ipoteza în care el

nu a intrat efectiv în posesia bunului. Aceasta era considerată regula în Codul civil 1864, exprimată prin adagiul *res perit domino*. Sfera sa de aplicare era una redusă, și anume contractele oneroase translativ de proprietate asupra unor bunuri individual determinate, neputând fi astfel catalogată ca un principiu general de drept.

Particularitatea cea mai proeminentă a acestei soluții aplicate contractelor translativ de proprietate rezida în existența unui lucru asupra căruia se exercită un drept de proprietate, proprietatea fiind transmisă prin simplul schimb de consimțăminte. O dată cu transmiterea proprietății se considera că se transmite și riscul pieririi fortuite al lucrului, cele două momente neputând fi separate. *Res perit domino* se aplica doar în cazul pieririi fortuite a bunului obiect al contractului, și nu în cazul general al imposibilității fortuite de executare a obligațiilor asumate într-un contract translativ de proprietate. Această regulă se grefa pe relația proprietar-bun, și nu pe relația creditor-debitor dintr-un contract. În doctrină s-a statuat că "după principiile generale de drept, riscul-pericolul lucrului vândut este, în adevăr, strâns legat cu calitatea de proprietar, el nefiind decât un corolar al dreptului de proprietate"⁶⁶ sau "un accesoriu al dreptului de proprietate"⁶⁷.

Pierea fortuită a lucrului poate duce la imposibilitatea fortuită de executare a contractului. Astfel, *res perit domino* poate deveni o regulă insuficientă într-un câmp contractual complex și divers, în care sunt cuprinse diferite tipuri de obligații în legătură cu bunul. În funcție de tipul contractului, precum și de natura obligațiilor născute în legătură cu bunul, această regulă poate fi nuanțată sau uneori chiar înlocuită cu *res perit debitori*.

În cazul contractului translativ de proprietate, când debitorul își execută obligația chiar în momentul încheierii acestuia, cazul fortuit se produce după executarea obligației. Patrimoniul creditorului se îmbogățește astfel cu obiectul prestației. Comparând postulatele celor două soluții conținute în teoria riscului, *res perit debitori* și *res perit domino*, observăm că *res perit debitori* se aplică în cazul în care obligația unei părți se stinge ca urmare a unei imposibilități fortuite intervenite înaintea executării din partea debitorului a obligației sale care ar fi satisfăcut creditorul sau îmbogăți patrimoniul său. *Res perit domino* pierde astfel teren în fața *res perit debitori*, rămânând un simplu principiu neaplicabil, o regulă fără substanță, izolată în cartea a III-a despre bunuri în Codul civil.

Se poate lesne observa că în Codul civil, s-a păstrat cu titlu de principiu, *res perit domino*, fără a se face însă nicio trimitere la vreo obligație în legătură cu bunul obiect al dreptului de proprietate. Prevederile art. 558 C. civ. rămân astfel o simplă afirmație a evidentului⁶⁸, fiind de nivelul "bunului simț juridic faptul că proprietarul va fi acela care va suporta paguba generată de distrugerea bunului său, dacă la acest rezultat s-a ajuns din cauze care exclud responsabilitatea altei persoane"⁶⁹. Întotdeauna, proprietarul suportă riscul pieririi bunului, având în vedere calitatea sa de "stăpân" absolut asupra bunului, care deține paza asupra acestuia, dar care își și asumă pierderea și deteriorarea sa, indiferent de motivele care au stat la baza acestora. Teza finală a acestei dispoziții legale prevede că *res perit domino* se aplică doar dacă riscul nu a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel, ceea ce se poate traduce prin faptul că atâta timp cât părțile nu au stabilit printr-o clauză contractuală persoana care va suporta riscul sau cât timp legiuitorul nu modifică printr-o prevedere legală regulile deja instituite în materie, riscul este suportat de proprietar.

Această regulă se justifică prin grija de a-l elibera pe vânzător, fostul proprietar, de sarcina riscului. Pe cale de consecință, am putea afirma că intenția comună a părților a fost aceea de a-l plasa pe cumpărător "în rolul unui asigurător"⁷⁰, el fiind și cel care trebuie să se asigure și să plătească primele de asigurare. Profesorul Philippe Malaurie identifică în această regulă o "repartizare financiară a riscului"⁷¹.

Res perit domino nu poate fi însă aplicată mecanic, ori de câte ori avem în discuție un drept de proprietate asupra unui bun individual determinat. În funcție de tipul contractului și de natura obligației cu privire la bun, norma aplicabilă în materia riscului nu mai este *res perit domino*, ci una din celelalte trei exprimate.

Noile prevederi din dreptul civil cuprind câteva texte legale, în care s-au conexasă ideea de risc cu cea de tradițiune, mai exact predarea bunului. Pornind de la aceste prevederi, și anume articolul 1274 și articolul 1755 C. civ., în doctrină a început să se contureze o nouă regulă privind atribuirea riscului în cadrul unui contract oneros translativ de proprietate, și anume *res perit detinente*. Riscul este astfel legat de predare, riscul bunului fiind transferat cumpărătorului de la momentul predării acestuia, chiar și în situația în care dreptul de proprietate nu a fost dobândit de către proprietar⁷².

Chiar și în legislația și practica internațională s-a disociat transferul dreptului de proprietate de cel al riscului. Convenția de la Viena din 11 aprilie 1980⁷³ leagă transferul riscului de predarea bunului și stăpânirea fizică asupra lucrului⁷⁴. În contextul dreptului internațional, atribuirea riscului detentorului se justifică prin aceea că acesta este cel care poate lua măsurile pentru protejarea bunului de forța majoră sau alte evenimente fortuite.

2.2.4. *Res perit detinente*

În ceea ce privește riscul în contractul translativ de proprietate, Codul civil inversează regulile din Codul civil 1864⁷⁵, creând o nouă regulă, denumită de doctrină⁷⁶ *res perit detinente*. Astfel, în art. 1.274 se prevede că "(1) În lipsa de stipulație contrară, cât timp bunul nu este predat, riscul contractului rămâne în sarcina debitorului obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului". Prin această nouă reglementare, Codul civil "a rupt legătura dintre proprietate și risc, dacă dreptul real nu e transmis odată cu stăpânirea bunului"⁷⁷. Se poate observa faptul că *res perit domino* din Codul civil 1864 a fost înlocuită cu *res perit detinente*, dându-se astfel frâu liber intuiției puțin ilogice din punct de vedere juridic, dar perfect coerente din punct de vedere practic. Afirmăm că există în acest caz o ilogică juridică având în vedere că "o obligație *ad rem* este conectată de o stare de fapt, stăpânirea nemijlocită a lucrului"⁷⁸.

Această nouă regulă se încadrează însă în cea generală a *res perit debitori*, debitorul fiind cel ținut de obligația de predare a bunului. În exemplul deja consacrat al unui contract de vânzare cumpărare, debitorul obligației de predare este vânzătorul. Acesta va suporta riscul pieririi fortuite a bunului până la predarea acestuia cumpărătorului sau până în momentul punerii în întârziere a cumpărătorului cu privire la preluarea bunului. Această regulă comportă o excepție, și anume situația în care creditorul obligației de predare va fi cel care va suporta riscul pieririi fortuite, aplicându-se *res perit creditori* în cazul în care cumpărătorul a fost pus în întârziere cu privire la preluarea bunului.

Așadar, spre deosebire de Codul civil 1864 care prevedea în articolul 1074 al. 2 că "Lucrul este în rizico-pericolul creditorului (în exemplul nostru de mai sus, al cumpărătorului), afară numai când debitorul este în întârziere (adică vânzătorul este cel pus în întârziere să predea bunul); în acest caz rizico-pericolul este al debitorului" și în articolul 1156 "(1) Când obiectul obligației este un corp cert și determinat, de piere, de se scoate din comerț, sau se pierde astfel încât absolut să nu se știe de existența lui, obligația este stinsă, dacă lucrul a pierit sau s-a pierdut, fără greșala debitorului, și înainte de a fi pus în întârziere. (2) Chiar când debitorul este pus în întârziere, dacă nu a luat asupra-și cazurile fortuite, obligația se stinge, în caz când lucrul ar fi pierit și la creditor, dacă i s-ar fi dat", Codul civil inversează și această rânduială, stipulându-se în articolul 1274 al. 2 astfel : "creditorul pus în întârziere preia riscul pieririi fortuite a bunului (și anume cumpărătorul care a fost pus în întârziere de către vânzător cu privire la obligația de preluare a bunului). El nu se poate libera chiar dacă ar dovedi că bunul ar fi pierit și dacă obligația de predare ar fi fost executată la timp".

Schimbarea intervenită poate avea mai multe explicații. Prima dintre ele ar putea fi corelată cu relația dintre proprietar și bunul său. Atâta timp cât detentorul-debitor al obligației de predare, vânzătorul din exemplul nostru, suportă riscul cu toate că nu mai are dreptul de proprietate asupra bunului, proprietarul-creditor al obligației de predare, cumpărătorul, va suporta acest risc din momentul în care a fost pus în întârziere sau era într-una dintre situațiile în care punerea în întârziere opera de drept, indiferent dacă bunul ar fi pierit și la debitor. Sub imperiul Codului civil 1864, riscul era deja suportat de proprietar, chiar dacă bunul nu îi fusese predat. Subsecvent, coroborând prevederile art. 1074 al. 2 cu cele ale 1156 al. 3, în cazul în care debitorul - vânzătorul din exemplul de mai sus, era pus în întârziere, acesta prelua riscul pieririi fortuite, cu excepția situației în care reușea să probeze că acel bun ar fi pierit și la creditor – cumpărătorul proprietar, chiar dacă i l-ar fi predat la timp.

O altă justificare ar ține de spiritul echității, bunului simț și al eficacității, înscriindu-se astfel pe linia prevederilor din această materie. Efectele unei astfel de situații sancționează lipsa de diligență din partea proprietarului – creditorul. Este discutabil dacă într-o atare situație putem identifica o culpă a proprietarului. Dacă am considera că punerea în întârziere sancționează pasivitatea și atitudinea necorespunzătoare a unui cocontractant, atunci am putea ancora analiza pe tărâmul răspunderii civile obiective. Prevederile Codului civil par a se înscrie în această optică, în art. 1511 statuându-se că, pe de o parte, creditorul pus în întârziere preia riscul imposibilității de executare a obligației, și pe de altă parte, că este ținut la repararea prejudiciilor cauzate prin întârziere și la acoperirea cheltuielilor de conservare a bunului datorat. În doctrină, pornind de la prevederile Codul civil 1864, s-a afirmat⁷⁹ că într-o atare situație "faptul de a nu preda lucrul în urma punerii în întârziere constituie deci o culpă din partea debitorului, culpă de care el răspunde ("Qui in mora est culpa non vacat")".

Cu toate acestea, *res perit detinente* nu poate fi încă înscrisă în niște tipare juridice, fiind necesară o contribuție semnificativă a instanțelor de judecată prin practica lor judiciară și o explorare ulterioară efectuată de doctrină. În prezent, această regulă este acoperită cu un văl incolor, urmând să mai reflectăm asupra naturii și importanței sale.

2.2.5. *Res perit creditori*

Pentru contractele unilaterale, regula atributivă de riscuri nu ar mai fi *res perit debitori*, ci *res perit creditori*. Această inversiune se datorează, într-o primă instanță, naturii contractului, doar una dintre părți fiind ținută la executarea obligațiilor contractuale, cealaltă parte având doar drepturi, fiind titulara creanțelor corelative. Din această perspectivă, cu toate că imposibilitatea fortuită de executare afectează debitorul, riscul contractului este suportat de creditor. Cu alte cuvinte, creditorul este cel care suportă riscul, acesta nemaifiind îndreptățit să primească prestația promisă. Considerăm pertinentă opinia exprimată deja în doctrină⁸⁰, conform căreia este discutabilă această regulă având în vedere că nu putem afirma fără echivoc că suportarea riscului îi revine creditorului, ci mai degrabă că obligația debitorului s-a stins ca urmare a intervenirii forței majore.

Ceea ce poate promova *res perit creditori* este doar ideea generală că creditorul a devenit titularul unui interes și va trebui să suporte dispariția acestuia⁸¹. Mergând pe aceeași linie argumentativă, se susține că afirmarea legislativă a unor cazuri de *res perit creditori*, în care creditorul suportă riscul într-un contract sinalagmatic, este aparentă, întrucât, în realitate, în astfel de cazuri, se afirmă tot *res perit debitori*. Până la executarea obligației esențiale, riscurile sunt la debitorul obligației neexecutate. Riscul nu supraviețuiește procurării avantajului promis, dacă ceea ce a rămas de executat nu a fost considerat de părți sau de legiuitor esențial.

Res perit creditori apare astfel că o regulă impropriu denumită, dar care prin conținutul său și mecanismul său de funcționare se delimitează clar de *res perit debitori*. Nu putem afirma că riscul contractului are propriu zis ca obiect tipul obligației creditorului, chiar dacă acest aspect intervine în procedeu. Considerăm că ideea însăși de risc o depășește, afectând contractul în globalitatea sa.

În concluzie, ar fi necesară păstrarea sintagmei *res perit creditori*, deși impropriu utilizată, dar care este deja consacrată în doctrină, cu menținerea nuanței că nu creditorul este cel care suportă riscul, ci este cel care pierde un posibil drept, un interes. Efectele aplicării acestei reguli într-un cadru contractual ar fi următoarele: obligația afectată de risc se stinge, fapt ce determină încetarea contractului, creditorul pierzând astfel dreptul convenit, fără însă a putea cere daune interese.

Concluzii

În mediul contractual, noțiunea de risc merge mână în mână cu obligația, fiind întotdeauna raportat la aceasta, și produce efecte asupra întregului ansamblu de drepturi și obligații, dând astfel naștere regulilor particulare care soluționează dezechilibrul creat. Riscul nu poate fi analizat decât prin prisma obligațiilor pe care le afectează. Putem astfel identifica două coordonate esențiale ale noțiunii de risc, care se manifestă concomitent în sfera contractuală: aleatoriul și prejudiciul.

În plus față de aceste coordonate, teoria riscului apare ca o tehnică de gestionare a efectelor actului în prezența aleatoriului, care a dus la imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații sau de realizare a unui drept. Nu este deci vorba despre repararea unui prejudiciu, ci de simpla aranjare a efectelor fortuitului asupra contractului.

Teoria riscului are deci ca scop principal soluționarea impedimentelor apărute în executarea contractului atunci când acesta este lovit de aleatoriu. Datorită aleatoriului care intervine peste voința părților, regulile de atribuire a riscului conțin o specificitate, astfel că riscul în contracte nu poate fi confundat nici cu imposibilitatea fortuită de executare a unei obligații, nici cu elementele structurale ale contractului – cauza și condiția, nici cu alte cauze de stingere a obligației și a efectelor contractului cum este caducitatea.

Cu toate că de cele mai multe ori se ajunge la desființarea convenției atacate de risc, regulile prin care se încearcă o reechilibrare a proiectului inițial convenit sunt specifice teoriei riscului și nu pot fi aplicate unor situații similare. Nota distinctivă a acestei teorii este dată de natura obligațiilor pe care le afectează riscul și de tipul de contract în care intervine.

Expresia *riscul contractului* vizează ideea conform căreia obligațiile convenite în contract sunt expuse la *alea*, în cazul cărora teoria riscului permite reglarea atribuirii acestuia uneia dintre părți. În cazul în care o singură obligație este afectată de risc într-un cadru contractual, obligație esențială sau neesențială, obligație care face parte din jocul sinalagmatismului sau care nu are o alta corelativă, întotdeauna vom analiza un risc al contractului. Riscul afectează contractul privit în globalitatea sa, iar în funcție de specificul și tipul obligației, dar și de tipul contractului, se va putea stabili regimul juridic aplicabil și regula care soluționează efectele riscului.

Pe cale de consecință, definiția riscului din dreptul privat poate fi transpusă și în dreptul contractelor, întrucât riscul își păstrează aceleași coordonate: exterioritatea, imprevizibilitatea, caracterul prejudiciabil și involuntar. Riscul dislocă contractul și îi setează noi coordonate de existență, neprevăzute și neanticipate prin clauzele contractuale. Părțile sunt obligate să accepte modificarea raportului juridic inițial, prin mecanismele de imputare și suportare a riscului contractului.

În fața acestui hazard, legea este cea care stabilește de cele mai multe ori regulile jocului, bazându-se fie pe natura obligației afectate, fie pe tipul de contract afectat, fie pe ambele. Întreaga teorie a riscului se construiește în jurul efectelor produse de risc asupra convenției părților, privită ca un ansamblu.

* Doctorand, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca. anamaria.coldea@gmail.com

¹ Conform A. Berger, Encyclopedic dictionary of Roman law, City College, New York și French University (Ecole Libre des Hautes Etudes), New York, 1953, p. 359 etimologia cuvântului este din limba latină, unde în limbajul curent semnifica *zarul*, iar în limbajul juridic, termenul era folosit pentru indicarea jocurilor de noroc, nu doar a zarului. Acțiunile derivând din astfel de jocuri erau în general inadmisibile (*LEX ALEARIA* a interzis jocul cu zarurile), cu anumite excepții (*Lex Cornelia de aleatoribus* (81 B.c.) a considerat valide pariurile cu privire la jocurile atletice).

² < *aléatoire* (fr.), *aleatorio* (it.), *aleatorius* (lat.) < *alea* – zar (conform DEX 2009); De asemenea, conform A. Berger, op. cit., p. 359, în limba latină, termenul *aleator* era folosit pentru desemnarea jucătorului jocurilor de noroc.

³ Conform DEX 2009, termenul provine din latinescul *attribuere*, existând și în limba franceză sub forma de *attribuer*.

⁴ < *imputare* (lat.) (conform DEX 2009);

⁵ < *supportare* (lat.) (conform DEX 2009);

⁶ G.-Al. Ilie, Riscurile în contracte. De la Vechiul la Codul civil, Universul juridic, București, 2012, p. 23;

⁷ M. Pivniceru, Efectele juridice ale contractelor aleatorii, Hamangiu, 2009, p. 40 și urm.

⁸ G. Ilie, op. cit., p 25;

⁹ Expresie introdusă pentru prima dată în doctrina română de către P. Vasilescu, Drept civil. Obligații - în reglementarea noului Cod civil, ed. Hamangiu, București, 2012, p. 514.

¹⁰ J. M. Mousseron, La gestion des risques par le contrat, în RTDC 1987, p. 481;

¹¹ F. Millet, La notion de risque et ses fonctions en droit prive, L.G.D.J., 2001, p. 19;

¹² Ibidem, p. 20;

¹³ Idem;

¹⁴ Idem.

¹⁵ G. Ilie, op. cit., p. 24;

¹⁶ G. Ilie, op. cit., p. 17 și urm.;

¹⁷ L. Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II. Contractul, Universul juridic, București, 2009, p. 763;

¹⁸ P. Vasilescu, op. cit., p. 559;

¹⁹ C. Demolombe, Traite des contrats ou des obligation conventionnelles en général, Tome I, Paris 1870, p. 426;

²⁰ Idem;

²¹ G. Ripert, J. Boulanger, Traité de droit civil, LGDJ, Paris, 1957, nr. 504;

²² Idem;

²³ J. Carbonnier, Droit civil. Les biens. Les obligations, PUF, 2004, p. 2239;

²⁴ Pe larg, ibidem, p. 2240;

²⁵ G. Ilie, op. cit., p. 30 și urm.;

²⁶ G. Ilie, op. cit., p. 89;

²⁷ Ibidem, p. 82 și urm.;

²⁸ L. Pop, op. cit., p. 765;

²⁹ R. Motica, D. Negrescu, Lexicon juridic latin-român, Lumina Lex, București, 2001, p. 248.

³⁰ V. Hanga, M. D. Radu, Limba latină pentru juriști, Albastră, Cluj-Napoca, 2006, p. 48;

³¹ R. Motica, D. Negrescu, op. cit., p. 248;

³² P. Vasilescu, op. cit., p. 514;

³³ G. Ilie, op. cit., p. 26 și urm.

³⁴ Idem;

³⁵ Ibidem, p. 149 ;

³⁶ G. Ilie, op. cit., p. 29 și urm.;

³⁷ P. Vasilescu, op. cit., p. 559.

³⁸ G. Ilie, op. cit., p. 28;

³⁹ Ibidem, p. 29;

⁴⁰ Idem;

⁴¹ F. Millet, op. cit., p. 38;

⁴² G. Ilie, op. cit., p 109;

⁴³ Vezi pe larg în J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, Les effets du contrat, 3-rd, LGDJ, Paris, 2003, nr. 648, apud G. Ilie, op. cit., p. 110;

⁴⁴ M. Planiol, Traite elementaire du droit civil, Tome II, Paris 1990, nr. 1391.

- ⁴⁵ Instituții Iustinian III, 23, 3 "Cum autem emptio et venditio contracta sit ..., periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit";
- ⁴⁶ P. J. du Plessis, *Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE-284 CE.*, Boston, Brill, 2012. p. 24 și urm.;
- ⁴⁷ Ibidem, p. 25;
- ⁴⁸ Ibidem, p. 38;
- ⁴⁹ P. J. du Plessis, op. cit., p. 40;
- ⁵⁰ G. MacCormack, Further on periculum, în *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* (BRID), 1979, p. 11 apud Plessis, op. cit., p. 41;
- ⁵¹ R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996, p. 281;
- ⁵² Ibidem, p. 283;
- ⁵³ Pe larg în P. J. du Plessis, op. cit., p. 40 și urm., unde s-a concluzionat că interpretarea modernă a regimului *riscului* din cadrul contractului de locațiune se bazează pe existența unei stabile și bine definite categorii conceptuale. Se pare că: a) juriștii romani au conceput o categorie conceptuală cunoscută ca *periculum*, a cărei funcții a fost să convină asupra unor reguli în legătură cu suportarea riscului; b) în cadrul acestei largi categorii, două categorii conceptuale mai mici operează – vis maior și casus fortuitus.
- ⁵⁴ J. Carbonnier, op. cit., p. 2243;
- ⁵⁵ F. Millet, op.cit., p. 23 ;
- ⁵⁶ P. Vasilescu, op. cit., p. 513;
- ⁵⁷ F. Millet, op.cit., p. 25 ;
- ⁵⁸ O tratare detaliată a problematicei fundamentării regulii *res perit debitori* în Codul civil român din 1865 o găsim în G. Ilie, op. cit., p. 111-129. Analiza autorului reprezintă un inventar al posibilelor fundamente ale regulii, în care se găsesc alinate ideea de condiție rezolutorie tacită, voință prezumată a părților, cauză, echivalența obligațiilor, echitate, risc profit, reciprocitate și interdependență a avantajelor promise în contract.
- ⁵⁹ L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 766;
- ⁶⁰ G. Ilie, op. cit., p. 105;
- ⁶¹ Ibidem, p. 107;
- ⁶² M. Planiol, op. cit., p. 1394;
- ⁶³ G. Ripert, J. Boulanger, op. cit., nr. 504;
- ⁶⁴ F. Millet, op.cit., p. 20;
- ⁶⁵ P. Vasilescu, op. cit., p. 514;
- ⁶⁶ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practic a dreptului civil român*, vol. IV, Scripta, 1926, p. 195;
- ⁶⁷ Ibidem, p. 157;
- ⁶⁸ Art 558 C. civ. - *Proprietarul suportă riscul pieirii bunului, dacă acesta n-a fost asumat de o altă persoană sau dacă prin lege nu se dispune altfel.*
- ⁶⁹ F.-A. Baias, R. Constantinovici, E. Chelaru , I. Macovei, *Codul civil. Comentariu pe articole*. Editia 1, CH BECK, București, 2012, p. 446.
- ⁷⁰ Ph. Malaurie, *Contrats speciaux*, 13ed, 1999/2000, Cujas, p. 195, nr. 253;
- ⁷¹ Ph. Malaurie, op. cit., p. 195, nr. 253;
- ⁷² În art. 1755 C. civ., corelația dintre proprietate și risc este exprimată după cum urmează: "Atunci când, într-o vânzare cu plata prețului în rate, obligația de plată este garantată cu rezerva dreptului de proprietate, cumpărătorul dobândește dreptul de proprietate la data achitării ultimei rate din preț; riscul bunului este însă transferat cumpărătorului de la momentul predării acestuia".

⁷³ Capitolul 4 al convenției tratează problematica transferului riscului în cadrul contractului de vânzare internațională de mărfuri, după cum urmează:

Articolul 66 - Pierderea sau deteriorarea mărfurilor survenită după transferul riscurilor către cumpărător, nu-l eliberează pe acesta de obligația de plată a prețului, exceptând cazul în care aceste evenimente sunt datorate unui fapt al vânzătorului.

Articolul 67 - 1. Când contractul de vânzare implică transportul mărfurilor, iar vânzătorul nu este ținut să le remită într-un loc determinat, riscurile sunt transferate cumpărătorului de la remiterea mărfurilor primului transportator pentru a le transmite cumpărătorului în conformitate cu contractul de vânzare. Când vânzătorul este ținut să remită mărfurile transportatorului într-un loc determinat, riscurile nu sunt transferate cumpărătorului până ce mărfurile nu au fost remise transportatorului în acel loc. Faptul că vânzătorul ar fi autorizat să păstreze documentele reprezentative ale mărfurilor, nu afectează transferul riscurilor.

2. Totuși, riscurile nu sunt transferate cumpărătorului cât timp mărfurile nu au fost identificate, potrivit cu contractul, prin aplicarea unui semn distinctiv pe mărfuri prin documentele de transport, printr-un avis dat cumpărătorului sau prin orice alt mijloc.

Articolul 68 - În ce privește mărfurile vândute în cursul transportului, riscurile sunt transferate cumpărătorului din momentul încheierii contractului. Totuși, dacă circumstanțele o implică, riscurile sunt în sarcina cumpărătorului din momentul din care mărfurile au fost remise transportatorului care a emis documentele constatatoare ale contractului de transport. Cu toate acestea, dacă în momentul încheierii contractului de vânzare, vânzătorul știa sau ar fi trebuit să știe că mărfurile au pierit sau erau deteriorate și nu l-a informat pe cumpărător, pierderea sau deteriorarea este în sarcina vânzătorului.

Articolul 69 - 1. În cazurile neprevăzute la art. 67 și 68, riscurile sunt transferate cumpărătorului când acesta preia mărfurile sau, dacă nu o face în timpul potrivit, din momentul în care mărfurile sunt puse la dispoziția sa, iar el săvârșește o contravenție la contract prin nepreluarea lor.

2. Totuși, în cazul în care cumpărătorul este ținut să preia mărfurile într-un alt loc decât sediul vânzătorului, riscurile sunt transferate când predarea este făcută, iar cumpărătorul știe că mărfurile sunt puse la dispoziția sa în acest loc.

3. Dacă vânzarea se referă la mărfuri neindividualizate încă, mărfurile nu sunt considerate a fi fost puse la dispoziția cumpărătorului decât atunci când s-a făcut identificarea lor în mod clar, potrivit cu contractul.

Articolul 70 - Dacă vânzătorul a săvârșit o contravenție esențială la contract, dispozițiile art. 67, 68 și 69 nu aduc atingere mijloacelor de care dispune cumpărătorul în raport de această contravenție.

⁷⁴ Ph. Kahn, *La vente commerciale Internationale*, th. Dijon, Sirey, 1961, pref B. Goldmann, apud. Malaurie

⁷⁵ Art. 971 din vechiul Cod civil prevedea că : "În contractele ce au de obiect translația proprietății, sau unui alt drept real, proprietatea sau dreptul se transmite prin efectul consimțământului părților, și lucrul rămâne în rizico-pericolul dobânditorului, chiar când nu i s-a făcut tradițiunea lucrului". Pe aceeași linie, în cazul unui contract încheiat sub condiție suspensivă, art. 1018 statua că "obiectul convenției rămâne în rizico-pericolul debitorului, care s-a obligat a-l da, în caz de îndeplinire a condiției. (2) Dacă obiectul a pierit, în întregul său, fără greșeala debitorului, obligația este stinsă. (3) Dacă obiectul s-a deteriorat, fără greșeala debitorului, creditorul este obligat a-l lua în starea în care se găsește, fără scădere de preț. (4) Dacă obiectul s-a deteriorat, prin greșeala debitorului, creditorul are dreptul său să ceară desființarea obligației, sau să ia lucrul în starea în care se găsește, cu daune interese".

⁷⁶ P. Vasilescu, op. cit., p. 514;

⁷⁷ Idem;

⁷⁸ Idem;

⁷⁹ D. Alexandresco, op. cit., p. 362;

⁸⁰ G. Ilie, op. cit., p. 95;

⁸¹ Ibidem, p. 96;