

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 2 / 2016
Aprilie – Iunie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: prof.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Dan CHIRICĂ

lect.dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

Mircea Ștefan MINEA – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

Denis MAZEAUD – profesor, Université Paris II “Panthéon-Assas”

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

SECRETAR DE REDACȚIE: lector Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Adina Buciuman, OBLIGAȚII NATURALE REZULTATE DIN MECANISME DE STINGERE IMPERFECTĂ A OBLIGAȚIEI * *OBLIGATIONS NATURELLES ISSUES DES MECANISMES EXTINGTIFS IMPARFAITS DE L'OBLIGATION* * NATURAL OBLIGATIONS RESULTED FROM MECHANISMS OF EXTINCTION OF OBLIGATIONS5
- » **Studii:** Gardiol van Niekerk, Duard Kleyn, *HONESTE VIVERE: ULPAN'S PRAECEPTUM IURIS* AS MANIFESTED IN THE ROMAN LAW OF MARRIAGE 40
- » **Articole:** Cristina Pop, O PRIVIRE DE ANSAMBLU ASUPRA INOVAȚIILOR LEGISLATIVE ALE ÎMPĂRATULUI *UXORIUS* * *EMPEROR UXORIUS AND HIS LEGAL INNOVATIONS: AN OVERVIEW*.....54
- » **Articole:** Mihai-Bogdan Ionescu-Lupeanu, CONTRIBUȚII LA STUDIUL EVOLUȚIEI LEGISLAȚIEI DE PROTECȚIE A FAUNEI SĂLBATICE ÎN ROMÂNIA * *CONTRIBUTIONS TO THE STUDY OF THE EVOLUTION OF WILDLIFE PROTECTION LEGISLATION IN ROMANIA* 75
- » **Articole:** Iulian Dedu, SIMULAȚIA. EXPLICAȚII ASUPRA DISIMULĂRII VOINȚEI REALE A PĂRȚILOR * *SIMULATION. EXPLANATORY CONSIDERATIONS ON THE DISSIMULATION OF REAL INTENTIONS OF CONTRACTUAL PARTIES*..... 83

STUDII

OBLIGAȚII NATURALE REZULTATE DIN MECANISME DE STINGERE IMPERFECTĂ A OBLIGAȚIEI

Adina BUCIUMAN*

Résumé: Obligations naturelles issues des mécanismes extinctifs imparfaits de l'obligation.

L'étude part de la prémisse que l'obligation civile comprend deux dimensions, partiellement superposées: la dette du débiteur et la créance. L'obligation civile est ainsi un lien de droit qui suppose une norme individuelle imposant au débiteur un certain comportement, intégrée dans le droit objectif et ayant ses caractères, sur laquelle se greffe un droit subjectif, création moderne résultée d'un besoin de systématisation du droit centré maintenant sur la protection de l'individu. De même que la naissance de l'obligation nécessite des mécanismes propres à générer l'obligation dans ses deux dimensions, son extinction aussi, pour être parfaite, doit engendrer la disparition tant de la créance, que de la dette.

L'auteur analyse l'ampleur des effets produits sur l'obligation civile par les moyens traditionnels d'extinction, pour affirmer que seulement le payement, soit volontaire, soit forcé, est en mesure d'éteindre tant la créance, que la dette vue comme norme de comportement imposée au débiteur. La compensation, la confusion et l'impossibilité fortuite d'exécution produisent plutôt un effet de neutralisation de la norme obligationnelle, la novation et la dation en payement remplacent la norme initiale par une norme nouvelle, pendant que la prescription limite son effet extinctif à une composante du droit subjectif de créance, et la remise de dette pose des problèmes particuliers liés à sa nature contractuelle.

Dans ce contexte, la remise unilatérale de dette, les «remises forcées» de la procédure de l'insolvabilité, mais aussi la prescription extinctive laisse subsister l'obligation naturelle, vue comme norme obligationnelle qui oblige le débiteur d'éliminer un déséquilibre injuste de type patrimonial, doublée par une créance imparfaite qui ne confère au titulaire que la prérogative de recevoir la prestation.

Mots-clés: *moyens d'extinction de l'obligation civile, remise de dette, remise unilatérale de dette, plan de redressement, remises forcées de dette, décharge du débiteur en faillite, prescription extinctive, obligation naturelle*

Rezumat: *Studiul pornește de la premisa că obligația civilă prezintă două dimensiuni, parțial suprapuse, datoria debitorului și creanța. Obligația civilă este așadar, o legătură de drept ce presupune o normă individuală impunând un anumit comportament debitorului, integrat în dreptul obiectiv și răspunzând caracteristicilor acestuia, pe care se grefează un drept subiectiv, creație modernă, rezultată din nevoia de sistematizare a dreptului punând accentul pe protecția individului. Așa cum nașterea obligației necesită mecanisme adecvate generării obligației în ambele sale dimensiuni, și stingerea ei, pentru a fi perfectă, trebuie să presupună dispariția atât a creanței, cât și a datoriei.*

Autorul analizează amploarea efectelor produse asupra obligațiilor civile a mijloacelor tradiționale de extincție a acestora, pentru a susține că numai plata, fie voluntară, fie forțată, este în măsură să stingă atât creanța, cât și datoria, ca normă de comportament impusă debitorului. Compensația, confuziunea și imposibilitatea fortuită de executare produc mai degrabă un efect de

neutralizare a normei obligaționale, novația și darea în plată înlocuiesc norma inițială cu una nouă, în vreme ce prescripția își limitează efectul la dreptul subiectiv de creanță, iar remiterea de datorie ridică probleme particulare atașate naturii sale contractuale. În acest context, remiterea unilaterală de datorie, „remiterile forțate” din procedura insolvenței, dar și prescripția extinctivă lasă să supraviețuiască obligația naturală, văzută ca normă obligațională care impune debitorului înlăturarea unui dezechilibru injust de tip patrimonial, dublată de o creanță imperfectă, prin aceea că nu conferă titularului decât prerogativa de a primi prestația.

Cuvinte-cheie: *mijloace de stingere a obligației civile, remitere de datorie, remitere unilaterală de datorie, plan de reorganizare, remiteri forțate de datorie, descărcarea debitorului în faliment, prescripție extinctivă, obligație naturală*

Considerații introductive. Privire generală asupra mecanismelor extinctive de obligație

Din punct de vedere structural, obligația civilă presupune datoria și creanța, care, așa cum am arătat, înseamnă o legătură de drept, o normă individuală impunând un anumit comportament debitorului, inclusă în dreptul obiectiv și răspunzând caracteristicilor acestuia, pe care se grefează un drept subiectiv, creație modernă, rezultată din nevoia de sistematizare a dreptului și dintr-o inversare a abordării lui, cu accentul pus pe protecția individului. Așa cum nașterea obligației necesită mecanisme adecvate generării obligației în ambele sale dimensiuni, și stingerea ei, pentru a fi perfectă, trebuie să presupună dispariția atât a creanței, cât și a datoriei.

Încercările de sistematizare a mijloacelor de stingere a obligațiilor civile reflectă în general dificultatea de a organiza instituții care prezintă aparent același scop, extincția obligației, dar în realitate nu afectează în mod egal ambele dimensiuni ale acesteia. Demnă de menționat în acest sens este clasificarea propusă de G. Marty, P. Raynaud și Ph. Jestaz¹, care disting între mijloacele de stingere ce implică satisfacerea creditorului (plata, compensația, confuziunea și executarea forțată) și cele care produc extincția obligației fără satisfacția creditorului (remiterea de datorie, prescripția). Cu alte cuvinte, se prefigurează ideea că aspectul subiectiv al obligației civile, creanța, poate avea o soartă diferită de cea a datoriei, văzute ca normă obiectivă de comportament.

În ce ne privește, considerăm că plata, în sensul de executare a prestației promise, voluntară sau forțată, este maniera exclusivă prin care se stinge datoria înțeleasă ca normă, furnizând în același timp creditorului prestația așteptată. Termenul „stingere”, tehnic corect, acoperă în acest caz un paradox, întrucât, departe de a se referi la o extincție ca efect al unei degradări esențiale, plata corespunde maximului de vivacitate a obligației, punctul în care ea trăiește cu cea mai mare intensitate, pentru a se stinge prin același act, în urma îndeplinirii scopului existenței sale.

Celelalte instituții care vizează stingerea obligației reprezintă o reuniune eclectică de mecanisme extinctive care fie asigură satisfacerea pe cale indirectă a creditorului (compensația, confuziunea), fie pun capăt existenței sau protecției creanței în lipsa realizării sale (remiterea de datorie, prescripția extinctivă). Datoria, ca normă inclusă în dreptul obiectiv în vederea stingerii sale prin executare, este doar neutralizată în cazul substitutelor plății.

Astfel, cel mai evident exemplu îl constituie **confuziunea**², unde norma este doar paralizată ca urmare a dispariției alterității necesare oricărui raport de drept. Ori de câte ori însă vechiul debitor, dobânditor actual al creanței, este privit în calitate sa de titular al dreptului, ca subiect distinct față de autorul său și în relație de alteritate cu avânzii lui cauză sau cu terții care sau față de care ar fi un interes de a invoca existența dreptului, obligația privită ca relație inter-subiectivă se reactivează. Apoi, dispariția cauzei care a determinat confuziunea, de pildă desființarea actului prin care debitorul devine și titular al creanței rezultate din același raport obligațional, face să renască obligația cu efect retroactiv (art. 1628 C. civ. 2009).

Dacă în cazul confuziunii se ajunge la un cumul de calități, creditor și debitor, cu privire la aceeași datorie, în situația **compensației**, reunirea asupra aceleiași persoane a celor două calități se referă la datorii reciproce. Însă, în timp ce, în cazul confuziunii, neutralizarea normei este impusă de principii de logică juridică, compensația se justifică prin fungibilitatea prestațiilor obiect al celor două datorii reciproce. Niciun imperativ de ordin logic nu impune însă compensația, întrucât nu este niciun impediment față de coexistența a două datorii reciproce cu același obiect, a două norme executorii care privesc prestații fungibile. Dimpotrivă, logica dictează ca două norme distincte să fie executate fiecare în parte. Stingerea obligației prin compensație este astfel un artificiu de politică juridică³ întemeiat pe motive de utilitate practică și echitate. Pomponius explică în Digeste că necesitatea compensației se întemeiază pe protejarea interesului conform căruia e preferabil pentru debitor să nu plătească ceea ce datorează decât să introducă o acțiune pentru a obține de fapt restituirea a ceea ce el a plătit⁴. Aceste considerații animă și azi instituția compensației: nu este nici just, nici echitabil ca un creditor să poată cere plata debitorului său, în condițiile în care nu a achitat față de acesta din urmă prestația pe care i-o datorează.

Departate de a fi o necesitate comandată de tehnica juridică, compensația este o simplă favoare pe care legea o acordă debitorului chemat să plătească⁵. El poate alege să invoce neutralizarea normei care i se adresează obligându-l la efectuarea prestației, prin revelarea existenței unei norme ce impune creditorului său o prestație fungibilă cu prima; în cazul compensației legale, efectul de neutralizare a normelor reciproce se produce însă retroactiv, de la data la care condițiile acesteia erau îndeplinite. Considerată adesea o plată simplificată, compensația este întotdeauna mai puțin decât o plată, dacă ne referim la natura celor două. În cazul plății, extincția normei nu este decât urmarea executării, care reprezintă în același timp împlinirea acesteia. Compensația anihilează norma prin suprapunerea ei cu alta de sens contrar, dacă sunt întrunite anumite condiții tehnice, însă ea nu este o plată, ci mai mult o dublă dispensă de plată⁶, fapt care se probează prin aceea că, atunci când plata efectivă prezintă o importanță particulară, facultatea de a se sustrage de la aceasta prin invocarea compensației este refuzată. Astfel, protecția proprietății se opune compensației datoriei de restituire a bunului dat în depozit sau comodat (art. 1618 lit. b N.C.civ.), importanța vitală pentru creditor a executării unor obligații, precum cele de întreținere sau alte creanțe insesizabile, exclude stingerea lor prin compensație (art. 1618 lit. c)⁷.

Imposibilitatea fortuită de executare⁸ lasă norma vidată de perspectiva de a se realiza. Datoria fiind o normă individuală de comportament, conținutul său trebuie să se

înscrie în limitele umanului posibil. Ieșind din aceste limite, comportamentul vizat nu mai poate face obiectul unei prestații. Obligația devine ineficientă ca urmare a golirii sale de conținut ulterior momentului formării sale valabile. Pe lângă că împiedică realizarea scopului obligației, efectul extinctiv asupra datoriei al imposibilității fortuite de executare nu este la fel de radical precum cel al plății, motiv pentru care susținem că și aici este vorba mai degrabă de o neutralizare a normei obligaționale⁹. În primul rând, ineficiența normei poate fi limitată în timp, ceea ce este de neconceput în cazul unui mecanism extinctiv veritabil. Dacă motivul care a atras imposibilitatea de executare dispăre, iar prestația, datorită naturii sale, poate fi din nou efectuată, norma obligațională își redobândește eficacitatea. Paralizarea acesteia poate fi deci doar temporară, caz în care vorbim de o simplă suspendare a obligației.

Alteori, ea poate avea caracter definitiv, ceea ce, în cazul obligațiilor sinalagmatice, creează o problemă substanțială: întrucât una din obligații nu mai poate fi executată, menținerea celeilalte ar antrena un dezechilibru patrimonial injust, impunându-se astfel o soluție de reechilibrare, la care se ajunge prin intermediul teoriei riscurilor. Neexecutarea, survenită ca urmare a imposibilității fortuite de a îndeplini datoria cuprinsă în normă, nu implică responsabilitatea debitorului, dar nici nu permite acestuia să beneficieze de executarea unei norme reciproce și interdependente.

Neutralizarea unei norme atrage paralizarea celeilalte, corelative, cu ajutorul unor instrumente distincte ale teoriei obligațiilor (imposibilitatea fortuită de executare, respectiv regulile suportării riscurilor). În al doilea rând, în unele cazuri, chiar în prezența unei imposibilități definitive, legea instituie mecanisme care lasă să transpară reminiscențe ale normei obligaționale. De exemplu, obligația de predare a unui bun cert devine imposibil de executat ca urmare a pieririi fortuite a bunului se transformă, în urma subrogației reale cu titlu particular, în obligația de a plăti o sumă de bani, dacă debitorul a primit o indemnizație care să îl despăgubească pentru pierirea bunului¹⁰.

În cazul **dării în plată** și al **novației**, deși se produce stingerea normei obligaționale, efectul extinctiv nu intervine decât prin înlocuirea normei inițiale cu alta nouă, motiv pentru care cele două sunt prezentate ca mijloace de transformare a obligațiilor, și nu de stingere propriu-zisă¹¹.

Efectul extinctiv al **remiterii de datorie** și al **prescripției** vizează dreptul subiectiv de creanță. În primul caz, stingerea acestuia este voluntară, în vreme ce în al doilea ea se produce prin efectul legii. Întinderea efectului remitterii de datorie este legată, așa cum vom vedea, de o serie de condiții privind puterea voinței creditorului de a influența existența raportului obligațional.

Astfel, privită în sens larg, remitterea de datorie ar putea stinge obligația în întregime, adică implicit norma obligațională, ori doar anumite prerogative ale creditorului. În privința prescripției extinctive, care a animat îndelungi discuții privind dimensiunea efectelor sale, consensul la care „obligă” prevederile actuale ale codului, referitor la adoptarea unei concepții procesualiste asupra acesteia¹², indică în mod clar supraviețuirea datoriei față de dispariția exigibilității creanței. Dacă privim cu atenție aceste mecanisme, observăm că stingerea sau neutralizarea normei obligaționale atrage și stingerea dreptului subiectiv, în vreme ce ineficiența acestuia din urmă nu este neapărat cauză a dispariției datoriei debitorului.

Obligația naturală reprezintă, din punct de vedere structural, o datorie, reprezentată

de norma de drept natural care obligă debitorul la refacerea echilibrului perturbat printr-o deplasare patrimonială care, în lipsa unei prestații simetrice, ar avea caracter injust, dublată de o creanță care nu conferă titularului decât prerogativa de a primi prestația, lipsindu-i deci dreptul de a pretinde executarea ei. Vom cerceta în cadrul acestui studiu mecanisme care produc efect extinctiv asupra acestei din urmă prerogative, lăsând neatinsă norma obligațională și dreptul creditorului de a primi prestația. Ne vor reține atenția în acest sens remiterea unilaterală de datorie (1), „remiterile” impuse de procedura insolvenței (2) și prescripția extinctivă (3).

1. Remiterea unilaterală de datorie

Remiterea de datorie este actul prin care creditorul îl liberează în mod voluntar pe debitor de tot sau o parte din datorie, fără a obține ceea ce îi era datorat¹³. Tradiția, formată din modelele romane ale mecanismelor de liberare a debitorului fără plată, Codul Napoleon, Codul civil german și codificările moderne, ne-o prezintă ca act de formație bilaterală. Punerea în discuție a valorii juridice a renunțării unilaterale a creditorului la dreptul său (2) trebuie precedată de analiza mecanismului remiterii de datorie și a justificării caracterului său bilateral (1).

1.1. Remiterea de datorie – un contract cu efect extinctiv

Spre deosebire de formula anterioară a Codului civil, care reglementa remiterea de datorie în cadrul unei serii de prezumții legale, noua lege optează pentru prezentarea ei ca instituție de sine stătătoare, după o schemă obișnuită: definiție, clasificări, probă, regim juridic, cazuri particulare. Însă nici textul dedicat definiției, nici cele care îi urmează nu precizează natura convențională sau unilaterală a actului. Art. 1629 alin. 1 N.C.civ., o reproducere fidelă a art. 1687 C.civ. Québec, ne spune eliptic că „remiterea de datorie are loc atunci când creditorul îl liberează pe debitor de obligația sa”. Doar pe cale deductivă, analizând textul art. 1630 alin. 2, varianta românească a art. 1688 C.civ. Québec, înțelegem că remiterea de datorie se face prin intermediul unui act juridic, a cărui natură, gratuită sau oneroasă, se răsfrânge și asupra calificării sale. Niciun indiciu al caracterului bilateral al actului sau al mecanismului concret prin care debitorul este liberat.

În privința naturii convenționale a remiterii de datorie, lipsa preocupării legiuitorului actualului Cod civil român se poate explica printr-o tradiție apreciată ca fiind „câștigată”, doctrina fiind covârșitor dominată de ideea că liberarea debitorului prin acest procedeu se poate face numai cu acordul acestuia. Pornind de la Pothier, care își întemeiază concluziile pe analiza operațiunilor cu efect similar din dreptul roman, *acceptilatio* și *pactum de non petendi*, Codul Napoleon pare să nu lase vreo alternativă demnă de luat în seamă, întrucât se referă, în art. 1285 și 1287 la o „descărcare convențională” ca sinonimă a remiterii de datorie. Ni se pare interesant de menționat că, în prevederile corespunzătoare din Codul civil român din 1864, expresia „*décharge conventionnelle*” este înlocuită cu „descărcarea expresă”, fără ca doctrina să pună cât de puțin în discuție natura contractuală a instituției, care era promovată în dreptul francez¹⁴.

În dreptul comparat, de asemenea, remiterea de datorie apare ca un contract între

creditor și debitor. Astfel, în art. 397, Codul civil german se referă în mod expres la contract, atât în ceea ce privește actul prin care creditorul îl descarcă de datorie pe debitor (par. 1), cât și în cazul celui prin care declară că debitorul nu îi datorează nimic (par. 2). La fel, art. 115 din Codul elvețian al obligațiilor este intitulat „remitere convențională”. Codul civil italian din 1942 face notă discordantă, stabilind, în art. 1236, că „declarația creditorului de remitere a debitului stinge obligația când e comunicată debitorului, cu excepția cazului în care acesta din urmă declară într-un termen rezonabil că nu dorește să profite de aceasta”. Marea majoritate a doctrinei italiene consideră remiterea de datorie un act unilateral eficient de la comunicare, dar care, întrucât procură un avantaj unui terț, nu își poate produce efectele în contra voinței acestuia. O rezolvare de compromis se încearcă în Codul civil olandez din 1992, unde, în art. 6:160, sunt reunite remiterea de datorie contractuală (alin. 1) și cea construită după modelul italian, dar care sugerează mai degrabă o prezumție de acceptare tacită a ofertei de remitere de datorie cu titlu gratuit, din lipsa unui refuz al debitorului într-un termen rezonabil de la informarea sa cu privire la renunțare (alin. 2). Aceeași soluție o regăsim în principiile UNIDROIT (par. 5.1.9): remiterea gratuită de datorie face să se prezume acceptarea debitorului, dacă acesta nu refuză oferta fără întârziere din momentul în care a luat cunoștință de ea (alin. 2), în timp ce regula rămâne necesitatea acestei acceptări (alin. 1).

Chiar în cazul în care remiterea de datorie se face prin testament, act de formație unilaterală, legatul este eficace numai în prezența acceptării sale de către debitorul beneficiar. Deși sugerează ideea de abandon, de renunțare la creanță, remiterea de datorie este condiționată de voința celui obligat, concordantă cu cea a creditorului. Pornind de la Pothier, care o diferențiază de actul pur abdicativ, caracterizarea efectelor remiterii de datorie ridică încă probleme, ceea ce face dificilă justificarea caracterului său necesar convențional.

A. Natura convențională – consecință a efectului translativ?

Mecanismul concret care antrenează stingerea obligației, legat de obiectul sau cauza remiterii de datorie, este analizat în general destul de sumar. La prima vedere, calificarea actului de remitere de datorie trebuie să răspundă unui scop abdicativ, însă totodată natura sa ar trebui să explice îmbogățirea pe care actul o furnizează debitorului, care face ca remiterea gratuită să fie o donație indirectă.

În acest sens, unii autori¹⁵ susțin natura translativă a remiterii de datorie. *Remettre* este folosit aici în sens de *a preda, a depune în mâinile cuiva, a lăsa în posesia cuiva*. În sens tehnic, este vorba nu de o degrevare a debitorului, ci de o predare cu efect translativ a dreptului creditorului către debitor, pentru a-l libera de obligație. Extincția nu este obiectul contractului, ci doar consecința transmiterii creanței către debitor, obligația fiind stinsă ca urmare a confuziunii celor două calități antagonice în persoana dobânditorului. Efectul translativ al remiterii de datorie corespunde naturii sale contractuale, unui act abdicativ fiindu-i mai adecvată schema de formare unilaterală. De altfel, remiterea de datorie nu reprezintă un simplu abandon al creanței, ci își produce efectele în favoarea debitorului. Astfel se poate explica fără dificultate calificarea ca donație a remiterii de datorie, dar și posibilitatea integrării sale într-un contract sinalagmatic.

O asemenea viziune se reclamă ca fiind concordantă cu concluziile lui Pothier asupra

remiterii de datorie. Într-adevăr, acesta consideră că remiterea de datorie este un contract de donație. Însă raționamentul său este construit exact invers: nu natura convențională justifică efectul translativ, ci necesitatea acceptării donației respinge, în opinia sa, remiterea unilaterală de datorie. Identificarea remiterii de datorie cu o variantă de donație se face pornind de la elementele pur subiective ale actului: „când un creditor declară că face o remitere de datorie debitorului său, nu voința absolută de a abdica de la creanța sa trebuie presupusă, ci mai degrabă voința de a o face cadou debitorului său”¹⁶. Or, orice dar impune acceptarea din partea donatarului. Cu toate acestea, chiar Pothier admite posibilitatea stingerii dreptului său de creanță pe cale unilaterală, în ipoteza, pe care o apreciază ca „metafizică”, în care creditorul ar avea voința absolută de a-și abandona dreptul¹⁷. După cum se poate observa, Pothier stabilește că avem de-a face cu o donație, cercetând elementele subiective ale voinței creditorului: existența unei intenții de a gratifica este incompatibilă cu voința pur abdicativă și ne pune în fața unei liberalități.

În ce ne privește, considerăm artificială ideea translației creanței către debitor în cadrul remiterii de datorie. Pe de o parte, ea ignoră scopul veritabil al actului – stingerea obligației -, ridicând la rang de cauză o finalitate străină voinței părților. Pe de alta, această concepție complică în mod inutil obținerea efectului extinctiv de obligație al actului.

Remiterea de datorie vizează, în concordanță cu denumirea sa, anihilarea datoriei, ca normă individuală de comportament, dreptul de creanță dispărând consecutiv acesteia, întrucât el nu este altceva decât traducerea ei în planul drepturilor subiective. Deși în general efectul extinctiv de drept se obține pe calea unei renunțări unilaterale, structura concretă a obiectului abdicării poate impune formarea bilaterală a actului. Este și cazul obligației civile, unde renunțarea unilaterală la dreptul de creanță se lovește de lipsa autonomiei acestuia față de datoria debitorului.

Mai multe argumente au fost invocate pentru a justifica necesitatea acordului debitorului în vederea stingerii voluntare a obligației fără plată. Mai întâi, chiar dacă remiterea de datorie este, în majoritatea cazurilor, în interesul debitorului, nu este mai puțin adevărat că nimeni nu poate fi obligat să primească un cadou. Interese morale sau, uneori, materiale l-ar putea face pe debitor să prefere efectuarea plății. De pildă, în raporturile familiale, copilul ar putea refuza oferta de remitere de datorie din partea părinților, pentru a evita neînțelegerile cu frații săi; între prieteni¹⁸, plata unei obligații juridice care se suprapune pe raportul amical este maniera cea mai adecvată de conservare a apropierii în plan personal dintre cei doi¹⁹; dorința debitorului de a-și păstra neștirbită onoarea²⁰, condiționată în opinia sa de „onorarea” tuturor datoriilor; în sfârșit, orice motiv care ar putea justifica și refuzul unei donații, precum evitarea emergenței unui ascendent moral al autorului remiterii față de beneficiarul ei²¹.

Alteori, refuzul remiterii de datorie ar putea fi justificat de interese de ordin financiar-fiscal, dacă, de pildă, într-un sistem real de determinare a impozitului, iertarea de datorie ar putea atrage încadrarea într-o cotă de impozitare superioară, în situația impozitului progresiv. Independent de justificarea existenței unor interese ale debitorului, este invocat apoi faptul că remiterea de datorie nu poate fi rezultatul exclusiv al voinței creditorului, deși aceasta are ponderea cea mai mare, pentru că ea acționează în sfera juridică a debitorului ținut de o datorie, aspect pasiv al unui *vinculum juris*²². Un alt argument derivă deci dintr-o regulă a simetriei formelor: dacă la formarea legăturii juridice a

fost necesar un *mutuus consensus*, aceeași formulă bilaterală este necesară desfacerii sale²³. Întrucât utilizarea sa în materia remiterii de datorie este susceptibilă să producă unele confuzii, acesta merită o tratare specială.

B. Remiterea de datorie și principiul simetriei formelor

Principiul simetriei formelor este o moștenire a sistemului formalist al dreptului roman și desemnează necesitatea ca desfacerea unui act să se facă respectând aceeași procedură care este necesară formării sale (un contract *verbis* nu se stinge decât tot *verbis*, desfacerea unui contract *re* este supusă formalităților impuse nașterii contractului *re* etc.). Astăzi regula este mai mult utilizată în dreptul administrativ și constituțional, sub denumirea de principiul paralelismului de competență, formă și procedură, cu semnificația că un act normativ sau individual va fi modificat sau abrogat de organul care l-a adoptat sau unul superior și în aceleași condiții formale și procedurale.

În dreptul civil, recunoașterea competenței părților de a-și genera propria lege, principiul consensualismului și prevalența reglementării prin norme supletive față de cea prin norme imperative fac ca regula amintită să își reducă semnificativ utilitatea practică, în general ea fiind invocată pentru a justifica necesitatea consimțământului ambelor părți la revocarea unui contract.

Nu trebuie confundată însă remiterea de datorie cu revocarea prin acordul părților a actului din care rezultă obligația, desemnată astăzi prin formula *mutuus dissensus*, iar în dreptul roman prin *contrarius consensus*. Deși ambele produc un efect extinctiv, întinderea acestuia este diferită pentru cele două situații: remiterea de datorie stinge o creanță determinată, în vreme ce revocarea amiabilă aneantizează în întregime contractul generator de obligații. Ca o consecință, remiterea de datorie poate viza în principiu orice obligație, indiferent de natura ei, contractuală, delictuală, cvasi-contractuală, pe când convenția revocatorie poate privi doar contractul, rezultat al voinței părților. Efectul extinctiv al remiterii de datorie lasă creditorul lipsit de realizarea dreptului său. Or, dacă privim obligația civilă ca o normă de comportament care tinde la refacerea unui echilibru patrimonial anterior bulversat, corespunzând unei reguli de justiție comutativă, putem observa că remiterea de datorie nu produce o stingere veritabilă a normei, care se poate obține numai prin plată, ci o paralizare a eficienței ei. Revocarea contractului prin acordul părților anihilează efectele patrimoniale ale acestuia, creând obligația restituirii prestațiilor executate, pentru cazul în care operațiunea produce efecte *ex tunc*, respectiv lăsând intacte obligațiile reciproce scadente, dacă actul încetează doar pentru viitor.

În orice caz, desființarea actului prin acordul părților nu cauzează, nici nu legitimează menținerea unui dezechilibru între patrimoniile părților, lăsând-o frustrată pe una dintre ele de echivalentul prestației efectuate. Remiterea de datorie nu are niciodată un conținut obligațional, efectele sale obligatorii²⁴ fiind epuizate prin extincția obligației. Astfel, nu se poate susține că ea dă naștere unei obligații de a da²⁵, cum sugerează adepții calificării sale ca act translativ. Totodată, nu putem accepta nici susținerea conform căreia remiterea de datorie ar genera o obligație de a nu invoca creanța sa contra debitorului. Imposibilitatea creditorului de a pretinde sau de a păstra prestația ulterioară încheierii contractului de remitere de datorie nu este expresia unei obligații de a nu face²⁶, ci consecința

forței obligatorii a actului extinctiv. De altfel, pretenția creditorului la executarea datoriei de către debitor nu va fi sancționată pentru încălcarea unei obligații, ci va fi respinsă în baza constatării efectului extinctiv de obligație al remiterii de datorie.

Vizualizarea aspectului normativ al contractului, precum și al obligației care poate deriva din acesta revitalizează importanța principiului paralelismului de forme în dreptul civil. De altfel, critica adoptată de Pothier contra sistemului dreptului roman vizează tipicitatea contractelor și inadmisibilitatea angajamentelor prin simplele pakte, și nu regula amintită. Dispariția formalismului roman și triumful consensualismului nu anihilează cerința paralelismului de forme. Integrarea normei obligaționale în sistemul ierarhiei normelor de drept obiectiv permite explicarea remiterii de datorie printr-o întoarcere obligatorie la principiul roman menționat. O normă de drept obiectiv nu poate fi abrogată decât printr-o normă contrară care are minim același rang cu prima, emisă de aceeași voință sau de alta competentă în domeniul normei respective.

Din această perspectivă, se poate analiza posibilitatea remiterii de datorie de a stinge obligațiile legale. Cu alte cuvinte, dacă procedura de formare a obligației contractuale prin voința bilaterală a părților impune natura contractuală a remiterii de datorie, poate oare ea să stingă o datorie rezultată dintr-o normă legală? Rezultat al voinței părților, norma contractuală poate fi neutralizată printr-o normă de sens contrar, la rândul ei contractuală. În bună logică normativă, norma legală trebuie lipsită de eficiență tot printr-o normă legală. Raționamentul de mai sus este utilizat de un autor²⁷ pentru a susține incapacitatea de principiu a remiterii de datorie de a stinge o obligație întemeiată pe răspunderea civilă delictuală, precum și a obligației legale de întreținere: o normă superioară, legea imperativă, nu ar putea fi aneantizată printr-o normă inferioară, contractul.

Argumentele nu ni se par convingătoare. Creanța de întreținere este indisponibilă, indiferent de caracterul său legal sau contractual²⁸, legiuitorul reunindu-le sub același regim juridic, de ordine publică, pentru că vizează asigurarea nevoilor necesare existenței persoanei umane²⁹. Respectivul creanțe sunt considerate a avea caracter personal, în sensul că sunt inseparabile de persoana creditorului, fiind indispensabile pentru a-i asigura existența. Jurisprudența franceză interzice renunțarea directă sau indirectă, totală sau parțială, tranzacția, compensarea datoriei debitorului obligației de întreținere³⁰. Codul civil român 2009 interzice renunțarea *pentru viitor* la dreptul de întreținere (art. 515), iar jurisprudența franceză recunoaște în același sens posibilitatea de a dispune, deci inclusiv prin remitere de datorie, de ratele de întreținere aferente unor perioade trecute, sugerând că dacă scopul protejat prin instituirea întreținerii, adică subzistența persoanei, a fost deja împlinit prin alte mijloace în intervalul de timp deja scurs, limitarea nu se mai impune. Justificarea inadmisibilității remiterii de datorie în cazul obligației de întreținere se regăsește așadar în obiectul acesteia, și nu în superioritatea în ierarhia normelor a sursei sale. Nu stingerea normei obligaționale este prohibită, ci paralizarea sa printr-un mijloc extinctiv voluntar fără satisfacerea creditorului (inclusiv compensația, după cum am văzut), plata fiind, dimpotrivă, cea favorizată. Norma imperativă limitează competența voinței private, privând-o de posibilitatea de a neutraliza norma obligațională cu acest conținut, din considerente ce țin de ordinea publică de protecție, indiferent de sursa legală sau voluntară a acesteia.

În concluzie, principiul simetriei formelor nu oferă o justificare satisfăcătoare caracterului necesar bilateral al remiterii de datorie. Ea se regăsește în complexitatea structurii obligației, indiferentă fiind față de procedura sa de formare.

C. Polivalența remiterii de datorie

Concepută ca mecanism de stingere a obligației, remiterea de datorie îndeplinește în mod esențial un rol extincțiv. Funcția sa de bază este să pună capăt unei creanțe preexistente. Astfel, remiterea de datorie este pentru creditor un act de dispoziție, cu toate consecințele ce decurg din această calificare³¹. Încetarea unei situații juridice înseamnă însă crearea, în mod automat, a alteia noi. Existența obligației se reflectă în situația patrimoniilor debitorului și creditorului. Este o relație între patrimonii, arată viziunea obiectivă asupra obligației, tot mai vehiculată azi. Prin plată, creanța este realizată, dar soldul patrimonial al ambilor actori ai raportului obligațional care se stinge rămâne neschimbat. Remiterea de datorie lipsește creditorul de avantajul patrimonial pe care i l-ar fi procurat executarea obligației, conferind în același timp un beneficiu echivalent debitorului. Creditorul nu mai are dreptul de a primi și de a pretinde executarea prestației, bunurile debitorului nu mai sunt supuse gajului general al fostului creditor, iar mecanismele de protecție a acestuia (acțiunea oblică, acțiunea pauliană³², alte măsuri asiguratorii) nu mai sunt operante. Circuitul juridic va ține seama numai de această situație juridică nouă. Terților le va fi opozabilă noua realitate și semnificația sa juridică. Descărcarea debitorului produce în mod evident o creștere a soldului său patrimonial în măsura în care ea nu se face în schimbul unui sacrificiu material, fără ca aceasta să califice actul ca fiind translativ.

Codul civil român 2009 face din remiterea de datorie un act amfibi, sub aspectul caracterului său gratuit sau oneros, în contra unei tradiții anterioare care vedea în aceasta o donație indirectă³³. Dacă creditorul înțelege să renunțe la creanța sa pentru a-i conferi debitorului un avantaj patrimonial fără a primi în schimb un echivalent, remiterea de datorie va fi o donație indirectă. Noțiune dificil de definit, mai degrabă o categorie reziduală în raport cu celelalte liberalități între vii, donația indirectă are nevoie de un act juridic suport, neutru sau incert sub aspectul calificării sale ca oneros sau gratuit³⁴, rol jucat cu succes de actul remiterii de datorie. În alte situații, deși rămâne în continuare lipsită de contraprestație, remiterea de datorie se face nu cu intenție liberală, ci din speranța creditorului că, pe această cale, va primi măcar plata părții din creanță rămase nestinse. Este cazul remiterilor parțiale de datorie realizate în cadrul planurilor de reorganizare a debitorului aflat în insolvență și, în general, cele consimțite de creditori în situații de supraîndatorare sau incapacitate de plată.

În aceeași categorie, a actelor interesate, dar fără echivalent patrimonial, intră remiterile de datorie pe care asociatul dintr-o societate-mamă le poate stabili în favoarea unei filiale, pentru a permite menținerea pentru viitor a relațiilor comerciale dintre ele, pentru a salva imaginea grupului din care acestea fac parte sau pentru a transfera beneficiile într-o țară cu un regim fiscal mai blând³⁵ ori cele consimțite de înstrăinătorul majorității părților sociale ale unei societăți cu privire la creanțele proprii față de aceasta, pentru a determina potențialul cumpărător să contracteze. Nu mai este vorba de o liberalitate, actul nu este dezinteresat. În alte situații, remiterea de datorie poate fi consimțită în schimbul unui sacrificiu din partea debitorului, precum exonerarea de garanție a fideiuzorului în schimbul unei prestații efectuate în favoarea creditorului (art. 1633 alin. 3 N.C.civ.) sau tranzacția, în care părțile își fac concesii reciproce pentru a pune capăt unui litigiu. În sfârșit, remiterea de datorie poate fi prestația înlocuitoare dintr-o dare în plată, caz în care va păstra neutralitatea caracteristică și plății, preluând uneori tratamentul onerozității sau gratuității obligației pe care o stinge³⁶.

În concluzie, remiterea de datorie poate fi instrumentul unor operațiuni juridice diverse³⁷, iar regimul său juridic variază în funcție de natura acestora. Astfel, se poate explica aplicarea regimului liberalității, pentru *remiterea – gratificare*, fără ca actul să aibă efectul translativ al donației obișnuite. La fel, *remiterea – contraprestație* justifică obligația celeilalte părți, reprezentând contraechivalentul prestației asumate de aceasta, fără ca ea însăși să genereze o obligație. În sfârșit, a treia categorie, denumită și *remiterea – speculație*, permite sustragerea actului interdicțiilor și regimului juridic specific donațiilor, actul fiind unul interesat, în ciuda lipsei unui sacrificiu similar din partea cocontractantului.

Polivalența remiterii de datorie nu face din aceasta un act abstract, în sens de act care își produce efectele independent de existența și validitatea unei cauze. Neutralitatea sa vizează doar caracterul gratuit sau oneros al mecanismului extinctiv de obligație, și nu indiferența cauzei pentru actul juridic extinctiv. Actul neutru poate răspunde unei cauze gratuite sau oneroase, în vreme ce actul abstract nu este nici gratuit, nici oneros, întrucât autonomia efectelor sale exclude orice asemenea discuție. În sistemele de drept cauzale, în care se încadrează și dreptul nostru civil, manifestarea de voință produce efecte juridice numai dacă este susținută de o cauză juridică³⁸. În sistemul dreptului civil german, acauzal, remiterea de datorie este un act abstract, ceea însă nu înseamnă că acesta ar fi lipsit de cauză, ci că ea este disociată de act, situată în afara lui, de regulă într-un alt act, obligațional, față de care actul abstract este autonom³⁹. Spre deosebire de situația din dreptul german, în dreptul nostru, de inspirație franceză napoleoniană, efectul extinctiv al remiterii de datorie este condiționat de eficiența actului global în care aceasta se integrează⁴⁰.

Versatilitatea remiterii de datorie, consacrată expres în Codul civil al Québec-ului și preluată în Codul nostru actual, coroborată cu menținerea cerinței cauzei printre condițiile de validitate a convențiilor, reduce valoarea celei dintâi la aceea de simplu mecanism extinctiv de obligație. Astfel concepută, remiterea de datorie este mai mult o operațiune tehnică de adunare algebrică a unui număr cu opusul său, în vederea unui rezultat nul. Este mai mult efectul unui act juridic, decât act juridic în sine. Întrucât efectul său extinctiv nu este capabil să se susțină singur, remiterea de datorie se integrează într-un act juridic global, de eficacitatea căruia depinde și ale cărui cauză, regim juridic și caracteristici le împrumută. Prin aceasta, remiterea de datorie se îndepărtează de ideea sa tradițională, de act prin care creditorul abdică din calitatea sa de titular al dreptului subiectiv de creață, a cărui structură contractuală este dictată doar de natura relațională a acestuia⁴¹.

Din perspectiva concepției conform căreia actului juridic este o normă de sursă privată, iar obligațiile create de acesta prezintă, la rândul lor, o dimensiune normativă, remiterea de datorie este o normă individuală fără conținut obligațional, care contrazice și neutralizează norma obligațională anterioară, în așa fel încât creditorul pierde dreptul de a pretinde, dar și de a primi prestația. Nu mai subzistă nici măcar o obligație naturală. Vorbim doar de o neutralizare a normei obligaționale, prin efectul paralizant al unei norme contrare, pentru a evidenția că obligația poate renaște nu numai ca o consecință a unor vicii proprii remiterii de datorie, ci și în baza unor elemente străine acestui mecanism.

1.2. Valoarea și efectele renunțării unilaterale la creață

Ca mijloc tehnic de stingere a obligației, remiterea de datorie este așadar un act de formație bilaterală, o convenție abdicativă. Dacă ne gândim însă la sensul său general, de iertare a

debitorului, un act de grație este perceput mai degrabă ca fiind unilateral. Iertarea de datorie pare că nu are nevoie decât să fie în inima creditorului⁴². Fără a pune sub semnul întrebării necesitatea caracterului bilateral al consimțământului în cazul remiterii de datorie, este timpul să ne întrebăm dacă un act unilateral abdicativ al creditorului poate produce efecte juridice asupra obligației civile.

La o primă vedere, chestiunea ar fi lipsită de interes practic, așa-zisa „renunțare unilaterală” la dreptul de creanță alunecând întotdeauna pe tărâm contractual. Manifestarea de voință a creditorului ar fi o ofertă de remitere de datorie, făcută, în lipsa unei cauze oneroase evidente, în interesul exclusiv al debitorului; prin urmare, pasivitatea acestuia din urmă în oferirea unui răspuns ar echivala cu o acceptare tacită, iar stingerea creanței s-ar face pe cale contractuală. Concluzia poate fi combătută prin mai multe argumente. Așa cum am văzut, nu se poate susține că debitorul nu are niciodată un interes în achitarea datoriei sau, cel puțin, în menținerea sa. În plus, nu trebuie uitat că tăcerea în sine nu valorează consimțământ; numai tăcerea „circumstanțiată”⁴³, fie prevăzută de lege, fie conturată jurisprudențial, ar putea fi echivalată juridic cu acceptarea unei oferte. Soluția de principiu este deci contra unei asimilări teoretice a tăcerii cu acceptarea, ceea ce lasă terenul liber discuției cu privire la eficacitatea unei renunțări unilaterale la creanță.

Încă de la începutul secolului al XVIII-lea, comentând opera lui Pufendorf, Barbeyrac⁴⁴ susținea că nici un obstacol juridic nu împiedică creditorul „să dispună de creanța sa ca un proprietar de bunul lui, fără consimțământul nimănui”. O asemenea poziție este perfect conciliabilă cu viziunea subiectivistă a iusnaturaliștilor moderni, conform căreia dreptul reprezintă un sistem rațional de drepturi individuale, ulterior numite drepturi subiective. Însă obligația nu este doar dreptul subiectiv privit altfel, în așa fel încât nu este admisibil un act unilateral de dispoziție cu privire la aceasta. Remiterea unilaterală de datorie nu este posibilă, nu pentru că este greu de conceput o voință pur abdicativă din partea creditorului, așa cum credea Pothier, ci din cauză că obligația reprezintă în același timp o normă individuală de comportament, datoria, de care nici creditorul, nici debitorul nu pot dispune singuri. Manifestarea unilaterală de voință a creditorului în sensul stingerii creanței sale nu poate afecta existența datoriei debitorului.

Analiza structurală și funcțională a datoriei și dreptului subiectiv în cadrul noțiunii de obligație civilă⁴⁵ ne-a permis să diferențiem elementele subiective (cele care pot fi incluse în categoria drepturilor, prerogativelor sau facultăților individuale) de cele obiective (datoria, ca normă cu caracter individual, integrată în sistemul normelor dreptului obiectiv). Nu este însă vorba de componente cu independență reciprocă, așa cum postulează concepția dualistă de origine germană asupra obligației, care distinge, în cadrul acesteia, între raportul de datorie (*debitum* sau *Schuld*) și raportul de constrângere (*obligatio* sau *Haftung*). Necesitatea de structurarea obligației este însă de necontestat. În ce privește problema renunțării unilaterale la creanță, ea este resimțită și în cadrul doctrinei franceze⁴⁶, în marea ei majoritate reticentă față de teoria dualistă. Pentru a determina valoarea juridică a renunțării la creanță, trebuie determinat obiectul posibil al acesteia.

În mod cert, creditorul nu poate stinge pe cale unilaterală datoria. Este un punct comun concepției dualiste și celei susținute de noi. Faptul că, dimpotrivă, raportul de constrângere, în ciuda expresiei sale destul de vagi, poate lipsi este, de asemenea, demonstrat. De altfel, teoria dualistă este destul de adecvată pentru a explica particularitatea structurală a

obligației naturale față de cea civilă. Se poate reproșa acestei teorii, printre altele, că nu clarifică soarta dreptului subiectiv de creanță⁴⁷, interesantă mai ales atunci când așa-zisul raport de constrângere lipsește. În general, teoria dualistă privește exclusiv aspectul obiectiv al obligației, având la bază viziunea romană asupra acesteia, în care noțiunea de drept subiectiv este absentă. Însă, obligația civilă, remodelată sub influența individualismului modern, cunoaște două dimensiuni diferite, una obiectivă și una subiectivă, datoria și dreptul subiectiv de creanță, fără a fi prin aceasta o sumă de elemente separate, ci o întrepătrundere complicată a două realități distincte.

Crearea intelectuală menită să asigure protecția beneficiarilor regulii de drept, noțiunea de drept subiectiv înglobează în sine, pe lângă prerogative atașate conținutului concret al normei, respectiv îndeplinirii ei fără incidente, și prerogative ce vizează protecția dreptului, forțarea respectării normei. Astfel, dreptul subiectiv poate fi privit ca o sumă de prerogative distincte, în sensul că unele sunt principale și altele accesorii celor dintâi, precum și că unele se deduc din însăși existența normei, altele sunt neesențiale. Am arătat⁴⁸ astfel că dreptul de creanță se descompune în prerogativa de a primi prestația și prerogativa de a o pretinde, dintre care ultima este neesențială, în lipsa ei obligația fiind doar naturală, dar nu mai puțin juridică. Mai mult, prerogativa de a pretinde prestația, semnificând dreptul creditorului de a declanșa arsenalul de mecanisme constrângătoare al căror monopol este deținut de stat, este inclusă în sfera de dispoziție a creditorului⁴⁹. Renunțarea unilaterală la dreptul de creanță privește așadar exclusiv prerogativa creditorului de a pretinde executarea prestației⁵⁰. Ea nu poate distruge creanța în întregime, aspectul care îi conferă creditorului dreptul de a primi prestația fiind strâns legat de relația obligațională interpersonală, asupra căreia voința unilaterală este inoperantă. Rezultatul unui asemenea act este transformarea obligației civile în obligație naturală, prin pierderea exigibilității celei dintâi. Efectul este identic celui produs de prescripția extinctivă, cu diferența că într-un caz el se obține pe cale voluntară, iar în celălalt, în temeiul legii pozitive.

Datoria debitorului și dreptul creditorului de a primi prestația rămân intacte. Plata efectuată ulterior este valabilă și deci nesupusă repetițiunii. O problemă interesantă ar fi aceea de a ști dacă, în cazul refuzului creditorului de a primi plata, ulterior renunțării unilaterale la prerogativa de a pretinde creanța, debitorul ar putea recurge la procedura ofertei de plată și a consemnațiunii⁵¹. Din grija de a arăta că raportul de datorie subzistă unei renunțări unilaterale la (o parte din) creanță, se afirmă⁵² că debitorul va avea oricând această posibilitate: un act unilateral al creditorului nu poate aduce atingere interesului debitorului de a se libera de obligație. Avem rezerve cu privire la această soluție. Forțarea creditorului să primească plata unei obligații, deși nu este supusă de lege unor condiții speciale, este justificată nu de interesul debitorului de a plăti obligația, ci de acela de a evita agravarea situației sale în momentul cererii de executare a celui dintâi (prin curgerea de dobânzi, suportarea riscului sau/și creșterea cheltuielilor de conservare a bunului ce trebuie livrat, necesitatea de a achiziționa sau produce alte bunuri de gen, dacă acestea sunt perisabile) sau de a-și degreva bunurile afectate unei garanții reale. Cu alte cuvinte, procedura ofertei de plată este condiționată de existența prerogativei creditorului de a pretinde executarea; dacă creditorul a pierdut sau a renunțat la acest drept, debitorul nu mai este amenințat de spectrul agravării obligației⁵³. Nu cumva se ajunge pe această cale la validarea unei remiteri unilaterale de datorie? Cu siguranță, nu. Remiterea de datorie afectează nu doar dreptul de creanță, ci și norma obligațională, o

plată efectuată ulterior fiind nedatorată, în vreme ce renunțarea unilaterală la prerogativa de a pretinde prestația lasă să supraviețuiască obligația sub forma ei naturală: datoria subzistă, iar plata ei, deși neasigurată prin constrângerea statală, este datorată.

Nu e surprinzător că renunțarea unilaterală la prerogativa de a pretinde executarea este rareori practică. De cele mai multe ori, fie părțile ajung la o înțelegere de tipul remiterii de datorie, fie creditorul procedează cu delicatețe și discreție, abținându-se de la a pretinde executarea. Chiar dacă se face o astfel de renunțare, lucrurile rămân să se desfășoare în intimitatea non-judiciară a relației dintre creditor și debitor, așezată de acum într-o imperturbabilă stare de pace. Cu toate acestea, schimbarea titularului creanței, pe calea transmisiunii succesoriale, de pildă, tulburarea raporturilor dintre părți și, de ce nu, inconstanța umorilor umane pot prilejui o atingere pe cale jurisprudențială a chestiunii în discuție.

De exemplu, într-o speță de acum un secol⁵⁴, debitorul pârât, chemat în judecată să plătească datoria pe care o contractase față de antecesorul reclamantului, invocă remiterea sa de datorie, arătând că acesta scrisese pe titlul constatator al creanței mențiunea „a nu se pretinde” („à ne pas réclamer”), fără alte explicații și fără a o aduce la cunoștința debitorului. Instanța respinge apărarea pârâtului, invocând caracterul contractual al remiterii de datorie, necesitatea acceptării ofertei, caducitatea acesteia din urmă ca urmare a decesului ofertantului. În plus, arată instanța, „o renunțare la un drept trebuie exprimată de o manieră expresă, care nu lasă niciun dubiu asupra voinței creditorului”, examinând indirect eventuala valoare juridică a unei renunțări unilaterale a creditorului. Mențiunea făcută pe titlul creanței nu putea constitui nici o remitere de datorie, în lipsa acceptării, nici o renunțare la dreptul de a pretinde creanța, din pricina echivocului său, în opinia instanței expresia putând fi interpretată ca o intenție de a acorda un nou termen debitorului, pentru a face plata.

Referitor la efectele asupra raportului obligațional, respectiv asupra accesoriilor sale, o decizie de data aceasta din zilele noastre⁵⁵, stabilește că „renunțarea de către creditor la dreptul de a acționa contra debitorului în vederea plății nu implică stingerea obligației principale și nici a recursului fideiursorului contra acestui debitor”. Soluția necesită câteva observații de natură teoretică. Obligația principală nu se stinge prin renunțarea la dreptul de a urmări debitorul pentru plată, pentru că ea privește doar prerogativa de a pretinde prestația, nu și datoria. Obligația fideiursorului este normă de comportament, o datorie, care nu se stinge decât când norma obligațională principală este onorată. Plata efectuată de debitorul principal stinge obligația fideiursorului în întregime. Plata efectuată de fideiursor stinge datoria acestuia și îl subrogă, în temeiul legii, în dreptul subiectiv al creditorului contra debitorului principal, care este în continuare ținut de datorie. Datoria fideiursorului devine exigibilă în cazul insolvenței debitorului principal; în aceste condiții poate fi exercitată prerogativa creditorului de a pretinde fideiursorului executarea prestației⁵⁶. Dispariția prerogativei de a pretinde debitorului principal executarea, determinată fie voluntar, ca în speța amintită, fie legal, ca în cazul prescripției extinctive, nu antrenează exigibilitatea datoriei fideiursorului⁵⁷. Nu numai că această dispariție nu poate fi echivalată cu insolvența debitorului principal, dar chiar se poate spune că ea face imposibilă survenirea situației în care acesta să fie considerat în incapacitate de a-și onora obligația: în lipsa dreptului la acțiune al creditorului, este irelevantă situația patrimonială a debitorului. Astfel, regula este în sensul că, dacă obligația principală „degenerează” în obligație naturală, creditorul

nu poate pretinde plata de la fideiutor⁵⁸. Soluția diferită din decizia analizată se explică prin caracterul solidar al obligației fideiutorului⁵⁹, caz în care acesta nu mai poate să invoce beneficiul de discuție⁶⁰, solicitând creditorului să se îndrepte împotriva sa numai dacă după epuizarea bunurilor urmăribile ale debitorului creanța nu este acoperită. Fideiutorul va fi ținut să plătească, dar regresul său contra debitorului principal nu se va întemeia pe subrogația în dreptul creditorului, acesta fiind, prin ipoteză, privat de prerogativa de a pretinde, ci va fi regresul personal, întemeiat fie pe mandat, fie pe gestiune de afaceri, după cum fideiutorul s-a angajat cu sau fără știrea debitorului principal.

O situație similară credem că este surprinsă de art. 1451 alin. 2 teza a II-a C.civ. 2009, care privește situația în care creditorul face o așa-zisă remitere de datorie exclusiv în favoarea unuia dintre codebitorii solidari, rezervându-și expres totuși posibilitatea de a se îndrepta împotriva celorlalți codebitori pentru tot. Codebitorul care a făcut plata „își păstrează dreptul de regres împotriva debitorului beneficiar al remiterii de datorie”. Nu de o remitere de datorie veritabilă este vorba, ci de o renunțare a creditorului la prerogativa sa de a pretinde unuia dintre codebitorii solidari prestația pe care acesta era ținut să o suporte. Datoria celui din urmă nu este însă afectată, astfel că plata efectuată de ceilalți are caracter datorat pentru întregul quantum al creanței; în plus, în virtutea solidarității, creditorul le poate pretinde acest quantum. În același timp, pentru că numai prerogativa creditorului de a pretinde executarea a fost stinsă, codebitorul solidar care a efectuat plata are acțiune contra debitorului beneficiar al renunțării, pentru partea de care era ținut acesta din urmă⁶¹. Este vorba deci de o bizară excepție pur personală⁶² a debitorului „iertat”, care amintește de cea întemeiată pe pactul *de non petendo in personam* din dreptul roman⁶³ și care, la nivel de mecanism, ne oferă astăzi imaginea unei datorii și a unei creanțe imperfecte, lipsite de prerogativa creditorului de a pretinde prestația, datorie și creanță aflate în relație de solidaritate pasivă cu raporturile obligaționale – perfecte - ale celorlalți codebitori.

2. Mecanisme extinctive imperfecte în dreptul insolvenței

2.1. Reducerea cuantumului creanței prin planul de reorganizare

Modificările succesive ale reglementării din materia insolvenței întreprinderii reflectă o creștere a preocupării de a asigura cadrul juridic adecvat în vederea salvării întreprinderii care nu mai poate face față datorii exigibile cu mijloacele financiare disponibile. Reorganizarea, ca procedură specifică de realizare a acestui obiectiv, presupune întotdeauna un anumit sacrificiu cel puțin al unei părți a creditorilor⁶⁴. Ne interesează aici soarta creanțelor, și a datorii corespunzătoare ale debitorului, al căror quantum este diminuat sau chiar redus la zero, în baza planului de reorganizare.

Art. 140 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență prevede în acest sens: „*Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare [...] creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan*”. Având în vedere că adoptarea planului de reorganizare se face cu votul unei majorități a creditorilor, determinate după criteriile stricte ale legii, s-ar

putea concluziona că, cel puțin în unele cazuri, am fi în prezența unor remiteri de datorie care nu afectează doar dreptul creditorilor de a pretinde creanța, ci paralizază, total sau parțial, însăși datoria debitorului. De aceea, textul alin. 4 al aceluiași text poate părea surprinzător: „Creditorii conservă acțiunile lor, pentru întreaga valoare a creanțelor, împotriva codebitorilor și a fideiusorilor debitorului, chiar dacă au votat pentru acceptarea planului”. Se afirmă adesea că legea sacrifică regula *accessorium sequitur principale*, care ar trebui să atragă stingerea/reducerea obligației fideiusorului o dată cu stingerea/diminuarea obligației debitorului principal⁶⁵, pentru a favoriza supraviețuirea întreprinderii în dificultate cu o atingere minimă a drepturilor creditorilor. Același scop „superior” de salvare a debitorului insolvent surclasează, se pare, regula după care stingerea parțială a obligației profită tuturor codebitorilor solidari.

În ce ne privește, considerăm că explicarea soluțiilor din materia insolvenței cu privire la soarta creanțelor, respectiv a obligațiilor codebitorilor și a fideiusorilor debitorului se poate face fără perturbarea principiilor amintite, dacă privim efectele reductive de creanțe ale reorganizării în mod diferențiat, cu privire la datorie și, respectiv, la creanță, cele două dimensiuni de natură diferită ale obligației.

A. Remiteri de datorie „forțate”?

Reducerea cuantumului creanțelor prevăzute de planul de reorganizare nu reprezintă remiteri de datorie. Nu pentru că remiterea de datorie nu poate fi animată de considerente de ordin strategic ale creditorului⁶⁶, ci pentru că nu se poate susține natura contractuală a acestora. Caracterul obligatoriu al planului de reorganizare este același pentru toți creditorii, și pentru cei care l-au votat, și pentru cei, minoritari, care l-au respins. Planul de reorganizare este de fapt, o hotărâre judecătorească adoptată în conformitate cu votul majoritar al creditorilor, hotărâre care se impune inclusiv creditorilor minoritari. Astfel, reducerea creanțelor nu este nici judiciară, nefiind stabilită de judecător, nici impusă în întregime de lege, dar nici voluntară, întrucât are o „tentă de caracter forțat”⁶⁷. Planul de reorganizare nu este deci o convenție colectivă, la care să se poată spune că creditorii minoritari au aderat implicit. Este o dictatură a majorității, cantonată instituțional de reglementarea în materia insolvenței și supusă controlului judecătorului sindic.

Rezultat al unei cântăriri a justului echilibru între interesul general de a salva întreprinderea în dificultate și cel al creditorilor de a-și realiza dreptul, reducerea creanței trebuie să fie supusă unui principiu al minimei atingeri a drepturilor de creanță în discuție. Nu este vorba aici de un criteriu economic, referitor la cuantumul reducerii, ci de unul substanțial juridic. Nici legea, nici instanța, nici voința majorității creditorilor nu pot impune neutralizarea, parțială sau totală, a *datoriilor* debitorului. Acțiunea legii insolvenței se îndreaptă asupra *drepturilor* creditorilor, cărora inițial le suspendă total, apoi le ridică definitiv *prerogativa de a pretinde* executarea (peste ceea ce au primit din distribuirile efectuate în cadrul procedurii).

B. Procedura insolvenței – suprimarea constrângerii statale

La aceeași concluzie ajungem dacă investigăm fundațiile întregului eșafodaj al reglementării procedurii insolvenței.

În raporturile firești între debitor și creditor, în lipsa deschiderii procedurii insolvenței, se spune că *plata este premiul cursei*, în sensul că creditorii chirografari sunt plătiți în ordinea în care ajung să îl execute silit pe debitor, în funcție de viteza și de diligența lor în urmărirea acestuia. În cazul debitorului în incapacitate de plată, legea asigură o egalitate *dinamică* a creanțelor, *o nouă linie de start*, în care prioritatea unui creditor nu mai este livrată de viteza sa de reacție contra debitorului, ci de analiza exclusiv *statică* a calității creanței sale.

În acest sens, începând cu momentul deschiderii procedurii insolvenței, legea împiedică efectuarea plăților spontane⁶⁸ către creditorii și suspendă acțiunile vizând executarea silită a averii debitorului⁶⁹, măsuri care servesc scopului de a asigura posibilitatea împărțirii bunurilor urmăribile ale debitorului între toți creditorii, conform ordinii stabilite de lege, indiferent dacă l-au acționat anterior în judecată și indiferent de stadiul procedurilor de executare inițiate de aceștia.

În același scop, legea organizează evidențierea și verificarea tuturor creanțelor contra debitorului, în baza declarațiilor de creanță efectuate de creditorii. O procedură colectivă de valorificare a averii debitorului, în vederea maximizării șanselor de acoperire a datoriilor acestuia, necesită cunoașterea tuturor creanțelor și a rangului lor de preferință. Nedeclararea creanței nu atrage doar refuzarea accesului în tabelul creditorilor care își așteaptă ordonat plata, ci se extinde, în condițiile legii române actuale, dincolo de momentul închiderii procedurii. Creanța nedeclarată nu va mai putea fi valorificată ulterior nici în ipoteza, fericită, dar rară, în care debitorul își continuă activitatea după închiderea procedurii (fie planul de reorganizare a fost îndeplinit, fie din lichidarea bunurilor debitorului au fost plătite în întregime creanțele declarate). Dacă însă ne propunem să determinăm mecanismul prin care aceste creanțe devin ineficiente, trebuie să observăm că legea nu vorbește nicăieri de stingerea creanței sau nu a obligației⁷⁰. Referitor la creanțele nedeclarate în termen, art. 114 din Legea nr. 85/2014 prevede că titularul lor „va fi decăzut [...] din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură. El *nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele* (subl. ns., A.B.) împotriva debitorului sau a membrilor ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase”.

Considerăm că atât suspendarea acțiunilor din momentul deschiderii procedurii insolvenței, cât și sancțiunea nedeclarării creanței în termenul legal, dar și falsele „remiteri de datorie” din cadrul reorganizării judiciare suprimă definitiv doar *prerogativa creditorului de a pretinde executarea prestației datorate*. În ce privește datoria debitorului sau dreptul de a primi al creditorului, acestea sunt paralizate doar temporar, pe durata procedurii insolvenței și parțial, permițând însă producerea anumitor efecte, precum plățile efectuate prin distribuiri organizate în cadrul procedurii. *Datoria*, ca normă individuală de comportament, este afectată doar în ceea ce privește producerea accesoriilor sale, dobânzile, a căror curgere este suspendată la data deschiderii procedurii, în baza art. 80 alin. 1 din lege. Penalitățile și majorările⁷¹ sunt atașate dreptului de creanță, mai precis prerogativei de a pretinde executarea, fiind menite să sancționeze încălcarea de către debitor a dreptului subiectiv al creditorului, prin urmare curgerea lor este stopată definitiv, în baza dispariției acestei protecții.

Fără a dispărea, *prerogativa creditorului de a primi prestația* suferă drastice limitări pe perioada desfășurării procedurii. Deși se comportă în continuare ca un bun incorporeal de care titularul dispune în mod liber, creanța nu poate fi realizată decât în condițiile procedurii insolvenței și sub control jurisdicțional: o plată efectuată de debitor în afara cadrului strict al legii este nulă.

Astfel, reducerea creanței prevăzută de planul de reorganizare lasă să subziste, pentru diferență, o obligație naturală în sarcina debitorului⁷². De altfel, întreaga reglementare a insolvenței își limitează intervenția asupra obligației la ridicarea sprijinului forței statale de constrângere a debitorului la îndeplinirea prestației datorate, în scopul dublu, de a acorda o nouă șansă relansării activității sale, respectiv de a elimina din lumea afacerilor un element deja compromis, nu înainte de a asigura creditorilor o distribuție colectivă a veniturilor obținute din valorificarea bunurilor acestuia.

C. Fideiusorii și codebitorii solidari

Supraviețuirea datoriei debitorului explică soarta juridică a fideiusiunii și a solidarității pasive în procedura insolvenței. Înainte de toate, procedura insolvenței nu putea nega funcția esențială de garanție a fideiusiunii și solidarității pasive. Ar fi fost un nonsens ca prevederi legale menite să organizeze abordarea incapacității de plată a debitorului să conducă la lipsirea creditorilor de drepturile care reprezintă polița lor de asigurare tocmai pentru această situație. Restricțiile draconice⁷³ impuse creditorilor de procedura insolvenței se traduc printr-un intervenționism etatic, justificat de un interes general, în dinamica firească a raporturilor obligaționale dintre aceștia și debitorul în incapacitate de plată. Limitat la prerogativa creditorului de a pretinde executarea, acest intervenționism nu aneantizează și datoria debitorului, văzută ca normă de comportament, idee care permite fundamentarea tehnică a tratamentului fideiusorului și al codebitorilor solidari, sintetizată în cuprinsul art. 140 alin. 4 din Legea nr. 85/2014, care dispune că „*Creditorii conservă acțiunile lor pentru întreaga valoare a creanțelor, împotriva codebitorilor și a fideiusorului debitorului, chiar dacă au votat pentru acceptarea planului*”.

a) Obligația fideiusorului este accesorie normei obligaționale a debitorului principal. Recunoașterea dreptului la acțiune al creditorului împotriva fideiusorului pentru plata, chiar integrală, a obligației nu aduce atingere principiului *accessorium sequitur principale*, ci ține chiar de funcționarea normală a raportului juridic dintre cei doi. Fideiusorul este doar lipsit de „imunitatea” excepțională de care se bucură debitorul principal, dar aceasta nu este legată de datorie și deci nu poate fi invocată și de garant ca o excepție inerentă ei, în lipsa unei dispoziții legale în acest sens⁷⁴. Plata, chiar integrală, efectuată de fideiusor îl subrogă pe acesta în drepturile creditorului *accipiens* contra debitorului. Aceasta înseamnă că fideiusorul va beneficia de poziția din tabelul creditorilor a creditorului plătit, dar numai până la concurența sumei, eventual reduse în baza planului de reorganizare, cu care acesta era înscris. Diferența cu care creanța a fost redusă prin planul de reorganizare nu va putea fi cerută debitorului de fideiusorul *solvens*, având în vedere că, la data plății, creditorul, în drepturile căruia se subrogă fideiusorul, nu mai avea dreptul de a pretinde respectiva sumă.

b) Solidaritatea pasivă este văzută, în concepția tradițională, ca o suprapunere de raporturi obligaționale principale cu privire la o singură prestație, o situație în care avem o pluralitate de subiecți ținuți la realizarea unui singur obiect. Credem însă că o abordare diferită poate fi mai utilă în explicarea mecanismelor sale, corespunzând în același timp realității raporturilor substanțiale dintre părți. Mai puțin decât o obligație cu pluralitate de subiecți, solidaritatea pasivă ni se mai pare mai degrabă o pluralitate de obligații legate între ele printr-o garanție reciprocă⁷⁵. Fiecare debitor este ținut în primul rând de „partea lui”, datorită fiecăruia reducându-se la aceasta, dar garanția privește îndeplinirea datoriilor celorlalți. Obligația de garanție care se adaugă raportului obligațional individual face ca creditorul să poată primi plata integrală de la oricare din codebitorii solidari, respectiv să pretindă oricărui executarea însumată a prestațiilor, rămânând ca riscul insolvabilității unuia din ei să fie transferat de pe umerii creditorului pe cei ai celorlalți debitori aflați în raporturi de solidaritate pasivă. Raportul de garanție, neafectat de restricțiile din procedura insolvenței decât în privința posibilității de a-l urmări pe debitorul în incapacitate de plată, explică menținerea prerogativei creditorului de a-i urmări pe ceilalți inclusiv pentru datoria acestuia. Eventuala reducere a creanței contra debitorului în insolvență, echivalând cu stingerea prerogativei creditorului de a pretinde debitorului plata cuantumului cu care s-a făcut reducerea, va fi resimțită și de codebitorul *solvens* care se subrogă în drepturile creditorului și care va fi nevoit să pretindă celorlalți codebitori suportarea în mod proporțional a pagubei rezultate din insolvabilitatea unuia dintre ei.

2.2. Descărcarea de obligații a debitorului profesionist persoană fizică aflat în faliment

Debitorul persoană juridică ajuns în faliment dispare ca entitate juridică (art. 145 alin. 2 din Legea nr. 85/2014). În cazul debitorului profesionist persoană fizică⁷⁶, legea stabilește descărcarea de datoriile pe care le avea înainte de intrarea în faliment⁷⁷ (art. 181 alin. 1), respectiv de diferența dintre valoarea obligațiilor dinainte de confirmarea planului de reorganizare și cea prevăzută în plan (art. 181 alin. 2).

Indiferent de formula utilizată de lege pentru a exprima efectul de purgă a pasivului debitorului produs în urma unei proceduri a insolvenței, incertitudinile cu privire la efectele și natura regulii nu sunt facil de înlăturat. Aceasta cu atât mai mult cu cât, conform legii, descărcarea de obligații a debitorului nu atrage descărcarea de obligații a fideiuzorului sau a codebitorului principal (art. 140 alin. 4 coroborat cu art. 181 alin. 2 teza finală). Așa cum am anticipat deja, considerăm că, la nivel tehnic, soluția se traduce printr-o extincție a prerogativei creditorilor de a pretinde debitorului executarea, dar cu rămânerea intactă a normei obligaționale, ceea ce justifică funcționalitatea mecanismelor de garanție ale fideiuzunii și solidarității pasive. Așadar, numita „descărcare” a debitorului are doar efectul de a exclude posibilitatea ca acesta să mai fie urmărit pentru datoriile în discuție.

Mecanismul extinctiv menționat lasă în urma lui o obligație naturală în sarcina debitorului⁷⁸, ce corespunde unei datorii de justiție comutativă căreia legea i-a retras constrângerea⁷⁹. Prin ipoteză, debitorul beneficiar al clemenței impuse de legea privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, s-a bucurat anterior sau ulterior

deschiderii procedurii de prestația efectuată de creditor. Deplasarea de valori patrimoniale de la creditorul care și-a executat propria obligație față de debitor a antrenat un dezechilibru care urma să fie înlăturat prin efectuarea de către debitor a prestației echivalente la care acesta era ținut. Așadar, obligația naturală este identificată aici atât ca rezultat tehnic al unui mecanism extinctiv imperfect, cât și la nivel substanțial, ca normă de drept naturală impusă de justiția comutativă.

Din punct de vedere practic, ne îndoim că instanțele vor putea valorifica o asemenea concluzie, pentru simplul motiv că puțini debitori ar renunța la beneficiul legii, pentru a achita o datorie de executarea căreia nu mai sunt constrânși după închiderea procedurii insolvenței, mai ales în vremuri în care falimentul este văzut ca un debușeu foarte atractiv și prea puțin restricționat de mulți dintre participanții la viața afacerilor. Cu toate acestea, credem că numai dificultatea de a concepe la nivel teoretic o obligație fără constrângere sau un drept fără sancțiune poate sta la baza unei susțineri în favoarea stingerii complete a obligațiilor debitorului în insolvență⁸⁰.

2.3. „Clause de retour à meilleure fortune”. Modularea convențională a efectului extinctiv al remiterii de datorie

Concluziile referitoare la supraviețuirea datoriilor debitorului în urma procedurii insolvenței sunt valabile și pentru procedura mandatului *ad-hoc* și a concordatului preventiv, prevăzute de art. 6-37 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, care, prin art. 344 alin. 1 lit. b, a abrogat Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului *ad-hoc*⁸¹, fără a opera modificări de natură să afecteze soluția în privința problemei care ne interesează aici. Ceea ce particularizează aceste proceduri față de cea a insolvenței astfel cum este astăzi reglementată, este un mai pronunțat caracter convențional. Astfel, mandatul *ad-hoc* vizează o negociere cu creditorii, în condiții de confidențialitate, în vederea încheierii unui contract cu unul sau unii dintre aceștia, având ca obiect posibil ștergeri, eșalonări sau reduceri de creanțe, în scopul salvării întreprinderii de un posibil faliment.

Concordatul preventiv este definit de lege ca un contract încheiat între debitorul aflat în dificultate financiară, pe de o parte, și creditorii care dețin cel puțin 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate, pe de alta, omologat de judecătorul sindic, prin care debitorul propune un plan de redresare și de realizare a creanțelor acestor creditori, iar creditorii acceptă să sprijine eforturile debitorului de depășire a dificultății în care se află⁸². Indiferent de denumirea sa legală de contract, natura sa se apropie destul de mult de cea a planului de reorganizare din aceeași lege, fiind adoptat cu votul unei majorități determinate de lege (art. 27 alin. 5), respectând anumite restricții cu privire la participarea la vot (art. 27 alin. 6), sub controlul de legalitate, nu și de oportunitate, al judecătorului sindic (art. 28 alin. 2). Spre deosebire de procedura reorganizării judiciare, reglementarea din materia concordatului preventiv extinde beneficiul efectului extinctiv al prerogativei creditorilor de a pretinde executarea și în favoarea fideiusorilor sau codebitorilor solidari (art. 33 alin. 2).

O problemă interesantă ar putea fi creată de inserarea în cadrul acestor planuri de

redresare a debitorului adoptate în cadrul procedurii concordatului preventiv sau în convențiile negociate prin intermediul mandatarului *ad-hoc* numit de instanță a unei clauze în baza căreia debitorul se obligă să plătească în întregime datoriile sale dinaintea declanșării procedurii amintite, în condițiile în care va ajunge din nou într-o situație financiară bună. Acest angajament, asumat prin ceea ce doctrina franceză numește *clause de retour à meilleure fortune*, este interpretat ca instituire a unei condiții rezolutorii⁸³ în concordat, în sensul că reducerile creanțelor de care a beneficiat debitorul, prin planul de redresare sau acordul încheiat prin mandatarul *ad-hoc*, se desființează dacă și în momentul în care debitorul ajunge într-o situație pecuniară care permite efectuarea plății acestora. Practicate la scară largă în epocile anterioare existenței unei reglementări a insolvenței, aceste clauze sunt astăzi întâlnite mai ales în materia ajutoarelor de stat⁸⁴.

Este compatibilă practica unei astfel de clauze cu ideea că remiterile concordatului lasă să subziste obligații naturale în sarcina debitorului? Clauza este o amenajare convențională a efectului extinctiv al concordatului, dar nu neapărat una care să permită renașterea unei obligații stinse. Utilitatea clauzei nu confirmă efectul extinctiv de obligație al ștergerii sau reducerii creanțelor, operate prin cele două proceduri preventive de insolvență. Ea permite ștergerea caracterului definitiv al stingerii, dar nu spune nimic cu privire la obiectul acestei extincții pe care o aneantizează. Credem că funcționarea clauzei de plată la revenirea unei situații financiare mai bune nu contrazice obligația naturală amintită, ci are rolul de a o transforma în obligație civilă⁸⁵. Înțelegerile cu creditorii, în cadrul prevăzut de lege, în vederea prevenirii insolabilității debitorului, produc efectul stingerii definitive a prerogativei celor dintâi de a pretinde debitorului executarea pentru obligațiile „șterse” sau „reduse”⁸⁶.

Clauza prin care debitorul se obligă să plătească aceste datorii în întregime dacă și când va putea stabilește un punct finit până la care se menține efectul extinctiv al concordatului stipulat în beneficiul debitorului. El corespunde echilibrului just pe care îl propune concordatul. Părțile unui contract pot decide ca executarea din partea uneia dintre ele să nu mai poată fi pretinsă, deloc sau parțial, întrucât ar risca să conducă la dispariția juridică a acesteia; însă, astfel justificată, atingerea adusă dreptului creditorului nu ar trebui să subziste momentului în care situația debitorului ar permite efectuarea plății fără să îi mai pună în pericol participarea la circuitul juridic. Efectul extinctiv al concordatului este însă definitiv, dar, în urma lui, debitorul rămâne ținut de o obligație naturală, ce corespunde datoriei din obligația veche. Clauza *de retour à meilleure fortune* răspunde acestui imperativ de echitate⁸⁷, de justiție comutativă⁸⁸, prevăzând caracterul constrângător al obligației în situația în care împrejurările care au determinat consimțământul în vederea stingerii prerogativei de a pretinde executarea au încetat. Cu alte cuvinte, clauza reprezintă un angajament de a plăti o obligație naturală, sub condiția suspensivă ca debitorul să revină la o situație financiară care îi permite efectuarea plății fără periclitarea întreprinderii sale.

3. Efectul extinctiv al prescripției

Indiferent de sistem juridic sau chiar de epocă, reglementarea detaliată a prescripției dă impresia unui ansamblu bine încheiat, în care discuția ar trebui să fie substanțial limitată. Realitatea este însă diferită: prescripția extinctivă ridică probleme practice și semnificative

dificultăți teoretice. La nivel practic, instituția resimte presiunea necesității de a se adapta întregii game de raporturi juridice patrimoniale, ceea ce presupune ca articulațiile sale să fie net determinate, dar și suficient de flexibile. Din punct de vedere teoretic, prescripția suportă consecințele legate de dificultatea de a stabili relația dintre dreptul subiectiv și mijloacele juridice de protecție a acestuia, dar și de a concilia forțele de atracție exercitate de două domenii juridice distincte – dreptul procesual și cel substanțial.

3.1. O limitare a protecției dreptului subiectiv

Indiferent de concepția adoptată, instituția prescripției extinctive acționează ca o limitare a protecției pe care ordinea juridică pozitivă o asigură dreptului subiectiv. Acest postulat fiind admis⁸⁹, se pune problema determinării severității consecințelor împlinirii prescripției asupra dreptului respectiv, precum și a mecanismului concret prin care se ajunge la efectul său extintiv. Discuțiile pe această temă sunt extrem de ample, abordarea noțiunilor-cheie implicate (drept subiectiv, acțiune civilă, drept la acțiune, constrângere, responsabilitate) presupunând adesea opțiunea, în ce privește prescripția, între dualism și unitate conceptuală ori între substanțial și procesual. Nu vom relua aici aceste teorii; semnalăm doar că ele sunt pe larg dezvoltate în doctrină⁹⁰.

Deocamdată, fără a fi nevoie să tranșăm conflictul între tezele procesualiste și substanțialiste asupra prescripției, pornind de la ideea că aceasta acționează în sfera drepturilor subiective și luând ca reper structura obligației civile, văzută ca drept subiectiv la executarea unei norme de comportament, putem stabili că prescripția nu este susceptibilă să afecteze datoria, ca normă obligațională⁹¹. Integrată în dreptul obiectiv și având aceeași natură cu normele sale, datoria nu suferă efectul degenerativ al simplei scurgeri a timpului, asociat prescripției extinctive. Neexecutarea îndelungată nu face să dispară datoria, după cum nici regula de drept obiectiv nu se stinge în urma unui comportament contrar prelungit în timp. Astfel se explică de ce plata efectuată ulterior prescripției este irepetibilă. De asemenea, menținerea datoriei justifică valabilitatea plății, indiferent dacă debitorul cunoștea sau nu producerea efectului prescripției extinctive. Liberarea debitorului, posibilitatea de a refuza executarea nu este sinonimă plății, singura capabilă să stingă norma obligațională. Din această perspectivă, denumirea de „prescripție liberatorie” ar fi mai adecvată față de cea actuală⁹², care poate induce în eroare, sugerând mai degrabă o dispariție totală.

Concluzia își găsește confirmarea în dreptul pozitiv. În special dacă ne raportăm la ultimele două reglementări românești ale prescripției extinctive a drepturilor de creanță⁹³, Codul civil din 2009 și Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extintivă⁹⁴, putem tranșa chestiunea efectului extintiv al prescripției: el nu face să dispară obligația în întregime, ci afectează numai dreptul la acțiune în sens material. Această opinie, dominantă în doctrina română anterioară Noului Cod civil, se sprijinea în esență pe trei argumente⁹⁵: mai întâi, o interpretare gramaticală și logică a art. 1 alin. 1 din Decretul nr. 167/1958, în care legiuitorul folosește sintagma „drept la acțiune”⁹⁶, conduce la concluzia că opțiunea de limbaj nu este întâmplătoare; apoi, instituția repunerii în termenul de prescripție⁹⁷ nu s-ar putea justifica dacă prescripția ar fi stins însuși dreptul subiectiv; în sfârșit, argumentul considerat cel mai convingător, dedus din dispozițiile art. 20 din același act normativ⁹⁸,

valabilitatea plății efectuate după împlinirea termenului prescripției și, corespunzător, refuzul restituirii sale, confirmă, fără îndoială, existența unui drept al creditorului la momentul primirii prestației, drept imperfect corelativ unei obligații naturale.

Într-un asemenea context doctrinar, nu este surprinzătoare menținerea soluției anterioare în Codul civil din 2009, care, în art. 2500, intitulat *Obiectul prescripției extinctive*, prevede că „dreptul material la acțiune, denumit în continuare *drept la acțiune*, se stinge prin prescripție, dacă nu a fost exercitat în termenul stabilit de lege”. De altfel, parcă din preocuparea de a nu da loc niciunei discuții, pe tot parcursul textelor dedicate prescripției extinctive, legiuitorul are grijă să precizeze cu rigurozitate că despre dreptul la acțiune este vorba, și nu de însuși dreptul subiectiv. Rezultatul procesului extinctiv aplicat obligației civile este astfel obligația naturală, ca datorie a cărei executare nu mai poate fi pretinsă de creditor, dar care justifică din punct de vedere juridic o plată efectuată de bunăvoie.

3.2. Efectul extinctiv - automat sau voluntar?

Reprezentând în esență o intervenție statală în eficacitatea unui raport juridic, prescripția extinctivă este, într-o măsură destul de avansată, tributară prevederilor legii pozitive. Aceasta din urmă joacă un rol important în desenul prescripției la o epocă dată, analiza ei având nevoie, parcă mai mult decât în cazul altor instituții de drept civil, de suportul legii pozitive. Observația poate părea inutilă, având în vedere propensiunea generalizată a practicii și chiar a unei părți a doctrinei spre analiza exegetică a textului legal. Mai mult însă decât prețuirea generalizată a legii, ar trebui să ne dorim o lege pozitivă de mare preț. Prevederile legale referitoare la modul în care operează prescripția extinctivă par să o dovedească cu prisosință.

Spre deosebire de soluția din Decretul nr. 167/1958, Noul Cod civil pare să instituie caracterul voluntar al declanșării efectelor prescripției extinctive, prevăzând în primul alineat al art. 2506 că „prescripția nu operează de plin drept”. Înțelegem fără dificultate că ea trebuie invocată de debitor, cel mai adesea pe cale de excepție, ca apărare contra acțiunii în realizare formulată de creditor, dar și pe cale principală, printr-o acțiune în constatare a debitorului, dacă, bineînțeles, acesta ar putea justifica un interes în acest sens. Instanța nu va putea invoca din oficiu prescripția, așa cum se întâmpla sub vechea legiuire⁹⁹, rămânând la latitudinea părții careia i se acordă acest beneficiu legal¹⁰⁰ de a se prevala de el.

Nu este însă la fel de clar care va fi soarta juridică a obligației ulterior împlinirii termenului de prescripție, dar înainte ca debitorul să o invoce sau să renunțe expres la ea. Două răspunsuri se pot contura, ambele fiind deja exprimate și argumentate în doctrina noastră.

Într-o primă opinie, aparținând profesorului Marian Nicolae¹⁰¹, efectul extinctiv al prescripției asupra dreptului la acțiune necesită îndeplinirea a două condiții: în primul rând, inacțiunea titularului dreptului pe durata termenului de prescripție și, în al doilea rând, invocarea prescripției împlinite de către cel interesat. Facultatea de a opune prescripția ar fi un drept potestativ născut *ex lege* de la data împlinirii termenului. Prescripția nu operează *ipso iure*; simpla împlinire a termenului nu exonerează debitorul de răspundere, ci doar îl îndreptățește să refuze plata¹⁰². Cu alte cuvinte, prin împlinirea termenului legal se naște

dreptul potestativ și abia exercițiul lui poate antrena efectul extinctiv al prescripției, stingerea dreptului material la acțiune. În această viziune, după împlinirea termenului de prescripție, obligația civilă este și rămâne intactă, atâta vreme cât prescripția nu a fost invocată de debitor. Obligația se reduce la forma ei naturală numai dacă și atunci când dreptul potestativ este exercitat în sensul invocării prescripției¹⁰³.

Într-un studiu dedicat modului în care operează prescripția extinctivă în Codul civil din 2009, profesorul Ionel Reghini¹⁰⁴ combate convingător, în opinia noastră, susținerile precedente și critică dispoziția din art. 2506 al. 1 N.C.civ. ca fiind afectată de trei vicii impardonabile: este obscură, pentru că, optând pentru o formulă negativă¹⁰⁵, distruge o idee, dar nu construiește nimic în locul ei, inutilă, întrucât funcționarea prescripției poate fi dedusă din celelalte prevederi legale referitoare la aceasta, și neavenită, fiind o completare nefericită, introdusă prin legea de punere în aplicare a noului cod, care este contrazisă de dispozițiile următoare ale aceluiași articol. Analiza textelor Codului civil relevă că atunci când legiuitorul afirmă că anumite efecte se produc „de drept” sau „de plin drept”, sintagmele fiind practic sinonime, nu înseamnă automat că ele vor putea fi invocate de instanță din oficiu. Criteriul îl reprezintă categoria interesului protejat de norma care instituie efectul produs de plin drept. Producerea de drept a unor efecte juridice în temeiul unei norme imperative de interes general permite instanței sau chiar o obligă să le aplice din oficiu. Dimpotrivă, dacă vorbim de efecte de drept generate de o normă imperativă de interes privat, personal, de o normă supletivă sau de un act juridic, regula este că aplicarea lor poate fi declanșată numai de cel al cărui interes este vizat de normă. În concluzie, „de drept” poate fi asociat uneori cu „din oficiu”, alteleori însă cu „la cerere”. Așadar, posibilitatea invocării din oficiu a prescripției, sub imperiul Decretului nr. 167/1958 nu era urmarea necesară a producerii de plin drept a efectelor sale. Împrumutând o regulă de logică matematică, se poate spune că opțiunea legiuitorului pentru înlăturarea principiului declanșării din oficiu a efectelor prescripției nu presupune și desființarea regulii că ele se produc de drept. „Altfel spus, *de drept* nu este incompatibil cu *la cerere* și, ca atare, faptul că instanța nu mai este obligată să cerceteze din oficiu dacă dreptul la acțiune este prescris sau nu, așa cum se prevedea în vechea reglementare (art. 18 din Decretul nr. 167/1958), nu este un argument în favoarea ideii că prescripția nu operează de drept”¹⁰⁶.

Întregul regim al obligației cu privire la care termenul de prescripție s-a împlinit, așa cum rezultă el din noua reglementare, pledează în favoarea ideii că prescripția afectează obligația în mod automat, doar că efectele sale sunt la dispoziția exclusivă a debitorului.

Astfel, al. 2 al art. 2506 N.C.civ.¹⁰⁷, într-o formulă asemănătoare vechiului al. 1 al aceluiași articol dinaintea modificărilor operate de legea de punere în aplicare, dispune că „după împlinirea termenului de prescripție, cel obligat poate să refuze executarea obligației”. Or, dacă împlinirea acestui termen nu ar fi stins prerogativa de a pretinde a creditorului, nu s-ar putea explica o asemenea soluție; refuzul executării ar fi nejustificat până la invocarea formală a prescripției sau chiar până la constatarea sa de către instanță. De altfel, abordarea unei interpretări contrare lasă nerezolvată problema momentului din care dreptul la acțiune al creditorului ar fi considerat stins. Or, este dificil de crezut că, într-o materie în care factorul timp este atât de important, momentul din care prescripția își produce efectul său extinctiv să fi fost lăsat nereglementat.

O serie întregă de texte din materia prescripției sunt complet lipsite de utilitate

în lipsa efectului extinctiv automat al prescripției. Art. 2505 N.C.civ., care prevede că „prescripția nu împiedică stingerea prin compensație a creanțelor reciproce și nici exercitarea dreptului de retenție, dacă dreptul la acțiune nu era prescris în momentul în care s-ar fi putut opune compensarea sau dreptul de retenție, după caz” este unul dintre exemplele în acest sens. Compensația poate fi opusă de creditor chiar ulterior împlinirii termenului de prescripție cu privire la creanța sa pentru a se opune cererii de executare a propriei obligații față de debitor, dacă erau îndeplinite condițiile ei anterior acestei date. Textul marchează producerea de drept a efectelor compensației¹⁰⁸, conform art. 1617 N.C.civ., în punctul în care există cele două creanțe reciproce, certe, lichide și exigibile, chiar dacă invocarea sa se produce într-un moment în care aceste condiții nu mai sunt îndeplinite, mai precis, când exigibilitatea datoriei celui căruia îi este opusă compensația a dispărut. Dacă împlinirea termenului prescripției nu ar avea de drept un efect extinctiv cu privire la așa-numitul drept material la acțiune, dispoziția legală menționată nu era necesară, condițiile compensației nefiind afectate până la invocarea prescripției. În plus, textul face o discriminare importantă, între situația când dreptul la acțiune nu era prescris la data când se putea opune compensația sau dreptul de retenție, caz în care acestea din urmă sunt admise¹⁰⁹, și cea în care prescripția era deja împlinită la data îndeplinirii celorlalte elemente ale mijloacelor de apărare în discuție, când ele vor fi respinse. Soluția nu poate fi justificată decât dacă, posterior împlinirii prescripției, efectul său extinctiv s-a produs deja, obligația nu mai este exigibilă. Altfel, tranșarea, în cadrul aceluiași litigiu, a conflictului dintre cele două mecanisme extinctive incompatibile¹¹⁰, compensația și prescripția, nu ar fi decât expresia unei opțiuni legislative fără vreo substanță.

În fine, alin. 3 al art. 2506 N.C.civ., conform căruia cel care a executat de bună-voie obligația după ce termenul de prescripție s-a împlinit nu are dreptul să ceară restituirea prestației, chiar dacă la data executării nu știa că termenul prescripției era împlinit, nu avea nici o utilitate dacă împlinirea termenului prescripției lăsa neatinsă obligația civilă a debitorului. Textul reproduce funcționarea obligației naturale „degenerate”, prin pierderea de către creditor doar a prerogativei de a pretinde executarea. Datoria, ca normă individuală de comportament, subzistă, motiv pentru care plata efectuată este valabilă. La fel subzistă îndreptățirea debitorului de a primi prestația și de a-și însuși beneficiul ei, ceea ce justifică din punct de vedere juridic integrarea lui în activul patrimonial al creditorului. Sondând substanța obligației, chiar dacă dreptul pozitiv îi retrage forța de constrângere, susținem că ea rămâne sub forma unei norme speciale individuale de drept natural, care comandă debitorului restaurarea justului echilibru în raportul dintre patrimoniul său și cel al creditorului. Obligația al cărei termen de prescripție s-a împlinit este o datorie de justiție naturală corectivă, o obligație naturală în sensul art. 1471 N.C.civ. Efectuarea prestației valorează plată, deci stingere a datoriei ca normă, de îndată ce este efectuată în acest sens, fără a fi relevant dacă debitorul a cunoscut sau nu caracterul perfect sau imperfect al creanței.

Concepută actualmente ca instituție juridică de interes privat, dând impresia unui „quelque chose d’injuste”¹¹¹, la fel ca uzucapiunea din Codul civil 1864 sau accesiunea, prescripția extinctivă este un mecanism care stinge o prerogativă a creditorului, dar a cărei utilizare este lăsată la latitudinea debitorului.

- * Dr. Adina Buciuman, cadru didactic asociat Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai, avocat Baroul Cluj, e-mail adinabuciuman@yahoo.com;
- ¹ G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Droit civil. Les obligations*, 2^e éd., t. 2, *Le régime*, Sirey, 1989, Paris, §191, p. 174 și urm.
- ² Y. Dagorne-Labbé, *Confusion*, Rép. civ. Dalloz, sept. 2005, Th. Vialatte, *De l'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites*, RTDciv.1978.567, J. Mestre, B. Fages, *Des limites de la confusion, obs.*, Cass. civ., 3^e, 2 oct. 2002, RTDciv.2003.300.
- ³ A se vedea, în acest sens, G. Forrest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, Paris, 2012, §646-647, p. 466-477.
- ⁴ „*Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*”. Dig.16.2.3.
- ⁵ În același sens, G. Forrest, *op. cit.*, §647, p. 467. Susținerea nu este lipsită de consecințe: ea presupune o luare de poziție în sensul afirmării caracterului voluntar al declanșării compensației, în ciuda aparențelor create de dispoziția legală (art. 1617 N.C.civ., respectiv art. 1144 V.C.civ., care reprezenta traducerea art. 1290 C.civ. francez). Pentru o pledoarie în acest sens, a se vedea A. Collin, *Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation*, RTDciv.2010.229.
- ⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2009, §1390, p. 1372.
- ⁷ La acestea, legea adaugă refuzul compensării unei creanțe rezultate dintr-un act făcut cu intenția de a păgubi (art. 1618 lit.a N.C.civ.), inspirat din soluția similară a Codului civil Québec, art. 1676 alin. 2, ipoteză care ni se pare destul de vagă și, prin aceasta, dificil de fundamentat juridic. Textul pare să sugereze că se opune compensării creanței pe care un debitor insolubil o constituie în favoarea unuia din debitorii săi, în fraudă creditorilor primului, cu scopul de a-i da posibilitatea celui de-al doilea de a se sustrage, prin invocarea compensației, efectuării unei plăți care ar profita în cele din urmă exclusiv creditorilor celui insolubil. Și aici răzbate ideea importanței plății efective a datoriei față de cel care nu mai are mijloace de a-și achita propriile obligații. Situația ni se pare totuși greu de imaginat din punct de vedere practic. Aplicarea textului presupune anterior dovada, extrem de dificilă, a intenției păgubitoare a actului. Or, dacă despre interesele creditorilor este vorba, situația juridică născută din actul fraudulos, deci inclusiv creanța în discuție, poate fi declarată inopozabilă pe calea acțiunii pauliene.
- ⁸ Art. 1634 N.C.civ.
- ⁹ În același sens, a se vedea F. Zénati, Th. Revet, *Cours de droit civil. Obligations. Régime*, P.U.F., Paris, 2013, §121, p. 219, care pune la îndoială radicalitatea efectului extinctiv de obligație al imposibilității fortuite de executare observând paternitatea acesteia față de confuziune și prescripție, pe care le vede ca aplicații particulare ale imposibilității amintite.
- ¹⁰ De pildă, art. 1642 N.C.civ., referitor la obligația de restituire, stabilește că, în cazul pierii fortuite a bunului supus restituirii, „debitorul obligației de restituire este liberat de această obligație, însă el trebuie să cedeze creditorului, după caz, fie indemnizația încasată pentru această pierire, fie, atunci când nu a încasat-o încă, dreptul de a primi această indemnizație” (sublinierile ne aparțin).
- ¹¹ Aceeași este și opțiunea legiuitorului Noului Cod civil, care, spre deosebire de vechea reglementare, tratează novația și darea în plată separat de cazurile de stingere a obligației.
- ¹² Art. 2500 N.C.civ. (obiectul prescripției extinctive este dreptul material la acțiune), art. 2506 alin. 3 N.C.civ. (caracterul valabil al plății obligației cu privire la care termenul prescripției s-a împlinit), dar și art. 1615 N.C.civ. (care nu o mai enumeră printre mijloacele de stingere a obligației).
- ¹³ Pentru această definiție, a se vedea F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, §1459, p. 1435.
- ¹⁴ De pildă, în amplele adnotări pe marginea art. 1138 – 1142 C.civ. 1864, C. Hamangiu și N.

Georgean (*Codul civil adnotat*, vol. VIII, ed. Librăriei „Universala” Alcalay & Co., București, 1932, p. 148 și urm.) preiau concluziile doctrinei franceze, sesizând doar într-o scurtă notă diferența de redactare dintre cele două texte, francez și, respectiv român, fără a-i da vreo semnificație.

Natura convențională a remiterii de datorie era deci considerată o evidență. Iar înlocuirea „descărcării convenționale” („*décharge conventionnelle*”) cu „descărcarea expresă” surprinde distincția dintre situațiile când stingerea datoriei se face tacit, prin remiterea titlului constatator al creanței, de cele în care părțile stabilesc expres efectul extinctiv de obligație, ambele realizându-se pe calea unui acord între creditor și debitor.

¹⁵ F. Zénati-Castaing, Th. Revet, *Cours de droit civil. Obligations, Régime, op. cit.*, §163, p. 285 și urm.

¹⁶ R.-J. Pothier, *Oeuvres de Pothier. Traité des obligations*, t. 2, nouvelle édition, Sieffrein, Paris, 1821, §614, p. 85.

¹⁷ *Ibidem, loc. cit. supra.*

¹⁸ Pentru o analiză a influenței raporturilor amicale asupra celor juridice, a se vedea J. Bedoura, *L'amitié et le droit civil, thèse, Tours, 1976, care consideră că recursul la ordinea de drept ca garanție a executării între prieteni presupune neîncredere, ceea ce neagă sentimentul de prietenie și prietenia însăși.*

Autorul semnaleză dificultatea calificării juridice a prestării de servicii profesionale între medici amici, fără plata contravalorii consultației sau/și a tratamentului. Într-o speță îndelung comentată în doctrină, în care un medic generalist suferă o radiodermită din culpa prietenului său radiolog, în urma tratamentului efectuat de acesta din urmă la cabinetul său privat, fără a accepta o remunerație din partea primului, acțiunea în răspundere delictuală fiind inadmisibilă din considerente de drept procesual, Curtea de Casație franceză stabilește că există un contract veritabil cu titlu oneros, de tipul celui încheiat între medic și pacient; natura contractului nu este influențată de gratuitatea efectivă a serviciilor prestate: absența remunerației, care intervine frecvent între medici, în baza unor uzanțe aproape constante, poate fi interpretată juridic ca „o remitere voluntară de datorie fondată pe reciprocitate” (Cass. civ., 18 janv. 1938).

¹⁹ Prietenia și iubirea fiind *apropiere*, în vreme ce obligația, ca raport juridic, înseamnă *distanță*. Ceea ce nu împiedică însă nașterea unor raporturi juridice între prieteni. Cu cât mai efemeră este situația de drept între prieteni, cu atât mai mici sunt riscurile șubrezirii prieteniei. Iar plata este mijlocul prin care se stinge nu doar obligația ca noțiune tehnică, ci însuși dezechilibrul injust pe care aceasta din urmă tindea să îl acopere.

²⁰ Pentru analiza valențelor onoarei în dreptul civil, a se vedea B. Beignier, *L'honneur et le droit*, L.G.D.J. Paris, 1995.

²¹ O prezentare extremă a dezavantajelor morale ale primirii unei donații ne oferă C. M. Mazzone, într-un studiu de sociologie juridică și bioetică, *Le don, c'est le drame. Le don anonyme et le don despotique*, RTDciv. 2004.701.

²² N. Picod, *La remise de dette en droit privé*, Dalloz, Paris, 2013, §382, p. 283.

²³ Y. Picod, *Remise de dette*, Rép. civ. Dalloz, sept. 2006, §8.

²⁴ În sensul că forța obligatorie a contractului este diferită și independentă de conținutul său obligațional, a se vedea P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTDciv.1999.771, P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie a actului de drept privat*, Rosetti, București, 2003, în spec. p. 190 și urm. Actele care au doar efect extinctiv de drepturi sunt cazuri reprezentative în care efectul obligatoriu al normei private contractuale nu este dublat de cel al unei/unor norme individuale obligaționale.

²⁵ În sensul că nici așa-zisa obligație de a da nu ține de conținutul obligațional al actului translativ, ci este un efect al forței obligatorii a acestuia, a se vedea M. Fabre-Magnan, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTDciv.1996.85.

- ²⁶ Spre deosebire de remiterea de datorie din dreptul modern, *pactum de non petendo* din dreptul roman nu producea efect extincțiv de obligație (tot așa cum simplul pact nu putea da naștere unei acțiuni), indiferent dacă opera *in personam* sau *in rem*. Acesta nu aducea liberarea debitorului, ci îi permitea să se opună pe calea unei excepții exercițiului dreptului de creanță. Se consideră astfel că pactul genera o obligație negativă în sarcina creditorului, de a nu acționa contra debitorului (N. Picod, *La remise de dette...*, *op. cit.*, §525, p. 397 și §15, p. 10).
- ²⁷ G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, Paris, 2012, §672 și urm., p. 487 și urm. Autorul încearcă să aplice același raționament și pentru cazul obligației întemeiate pe răspunderea civilă delictuală, însă găsește dificil să demonstreze caracterul de ordine publică al normelor în domeniu, propunând o viitoare reglementare în care răspunderea pentru prejudiciile corporale și cea pentru fapte intenționate să fie reglementată prin norme imperative, restul cazurilor rămânând în sfera de dispoziție a părților. Credem că se face aici confuzie între norma generatoare de răspundere (dispoziția legală) și norma obligațională concretă (datoria de răspundere) rezultată din aplicarea textului legal. Indisponibilitatea vizează beneficiul normei legale anterior nașterii raportului obligațional concret, și nu creanța de despăgubire, de care creditorul poate dispune după bunul plac. În acest sens trebuie aplicate art. 1335 alin. 1 și 3 N.C.civ. referitoare la clauzele de excludere sau limitare a răspunderii pentru faptele săvârșite cu intenție sau din culpă gravă, respectiv pentru prejudiciile cauzate integrității fizice sau psihice ori sănătății.
- ²⁸ Art. 2258 N.C.civ. (caracterul incesibil și insesizabil al întreținerii contractuale), art. 514 N.C.civ. (caracterul personal al întreținerii legale) și 515 N.C.civ. (inadmisibilitatea renunțării pentru viitor la dreptul legal de întreținere).
- ²⁹ M. Kornprobst, *Aliments*, Rép. civ. Dalloz, janv. 2005, §196 și urm.
- ³⁰ *Ibidem*, *loc. cit. supra*.
- ³¹ De pildă, în sistemul dreptului german, din caracterizarea ca act de dispoziție decurge calitatea de act abstract a remiterii de datorie, în sensul de act a cărui cauză obiectivă este ruptă de acesta, ea regăsindu-se de regulă într-un act juridic distinct, cu conținut obligațional. Pentru detalii, C. Witz, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs, BGB, Partie générale, loi sur les conditions générales d'affaires*, Litec, Paris, 1992, §127 și urm., p. 120 și urm.
- ³² Remiterea de datorie poate fi însă atacată pe cale pauliană de creditorii creditorului, în măsura în care aceasta a fost încheiată în fraudă drepturilor lor și sunt îndeplinite condițiile pentru admiterea sa.
- ³³ Pentru apărarea caracterului gratuit al remiterii de datorie, văzută invariabil ca „iertare” de datorie, în condițiile noului cod, a se vedea P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Hamangiu, București, 2012, p. 61-63.
- ³⁴ D. Chirică, *Donațiile degheizate și indirecte*, Revista română de drept privat, nr. 3/2009, p. 63 și urm., M. Grimaldi, *Droit civil. Libéralités. Partages d'ascendants*, Litec, Paris, 2000, §1324 și urm., p.248 și urm. Demnă de menționat ni se pare și opinia susținută, în doctrina italiană, de G. Mirabelli, S. Puccinini (*Dialoghi in tema di liberalità*, în *Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 1994, p. 1941), care consideră că, în cazul donațiilor indirecte, nu intenția liberală este relevantă, ci rezultatul său de însărăcire obiectivă, economică a patrimoniului donatorului; acesta e luat în considerare de ordinea de drept pentru a justifica posibilitatea aplicării unor remedii specifice, în vederea protejării intereselor donatorului sau ale terților. Donația remuneratorie nu desemnează o instituție juridică, ci o serie de ipoteze disparate cărora li se aplică unele reguli legate de efectul lor similar cu cel al liberalităților.
- ³⁵ Desigur, se impune respectarea limitelor impuse de normele imperative din domeniul societar și din cel fiscal.

- ³⁶ De pildă, regimul acțiunii pauliene, conform art. 1562 alin. 2 N.C.civ., conform căruia o plată va putea fi declarată inopozabilă în condițiile acestei acțiuni, cu sau fără dovada relei-crediințe a lui *accipiens*, în funcție de caracterul oneros sau gratuit al contractului din care rezultă obligația plătită.
- ³⁷ În același sens, G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Les obligations. Le régime, op. cit.*, §310, p. 274.
- ³⁸ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, T. II, vol. 1, *Obligations. Théorie générale*, 9^e éd. par F. Chabas, Montchrestien, Paris, 1998, §275, p. 282, unde se afirmă că textul art. 1131 C.civ. francez, care pretinde ca obligația să aibă o cauză, condamnă implicit actul abstract. Va fi interesant de urmărit evoluția dreptului civil francez după intrarea în vigoare a Ordonanței nr. 2016-131 din 10 februarie 2016, de modificare a Codului civil francez, programată să intre în vigoare începând cu 1 octombrie 2016, unde *cauza* dispăre dintre condițiile expres enumerate pentru validitatea actului juridic.
- ³⁹ Pentru analiza comparativă a problemei actului în abstract în dreptul german și în cel francez, a se vedea J. Creutzig, *Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite*, *Revue internationale de droit comparé*, 1969, p. 373-383. Pentru o încercare de a apropia ceea ce doctrina franceză, prin raportare la cea germană numește obligație cu caracter abstract, de teoria aparenței, a se vedea M. Vivant, *Le fondement juridique des obligations abstraites*, *Recueil Dalloz*, 1978.I.Chron..IX, p. 39.
- ⁴⁰ Exemplul cel mai facil este cel al *remiterii – contraprestație*: neîndeplinirea obligației celeilalte părți va putea conduce la desființarea contractului sinalagmatic, inclusiv la întoarcerea efectelor remiterii de datorie.
- ⁴¹ Pentru o încercare de trasare a contururilor noțiunii autonome de act abdicativ, a se vedea Y. Seillan, *op. cit., loc. cit. supra*. Autorul propune cauza extinctivă ca element distinctiv al actului abdicativ, admitând existența unei convenții abdicative, pentru situația în care obiectul abdicării impune ca efectul extinctiv de drept să fie rezultatul unui consens. Însă, nu toate contractele cu efect extinctiv au cauză extinctivă, primul putând fi obținut și în baza unor contracte în care voința urmărește în primul rând alte consecințe juridice. Astfel, remiterea de datorie ar rămâne o convenție abdicativă când se face cu titlu gratuit, dar este basculată în afara acestei categorii în celelalte cazuri. Este inacceptabil ca efectul abdicativ să fie revocabil, în funcție de comportamentul beneficiarului, cum s-ar întâmpla în cazul rezoluționării unui contract sinalagmatic în care creditorul dintr-un raport obligațional preexistent consimte la stingerea dreptului său contra executării unei prestații de către debitor, obligație pe care acesta nu o îndeplinește.
- Nu ne spune autorul cum vor fi calificate celelalte cazuri și ce rol joacă remiterea de datorie în cadrul acestor acte *non-abdicative*, nici nu analizează problema existenței unui *animus donandi* în ipoteza remiterii gratuite, convenție abdicativă.
- ⁴² A se vedea și J. Carbonnier, *Droit civil. T. 4. Les obligations*, 19^e éd., P.U. F., Paris, 1995, §353, p. 553.
- ⁴³ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*. vol. II. *Contractul*, Universul Juridic, București, 2009, §65, p. 179.
- ⁴⁴ Barbeyrac (1674-1744) este autorul traducerilor în franceză ale lucrărilor lui Pufendorf și Grotius. Opera sa juridică este suma amplelor comentarii și adnotări pe care le-a făcut cu ocazia acestor traduceri. Notele sale au dobândit autoritatea unei veritabile doctrine, el fiind pentru o perioadă mai cunoscut în Franța decât celebrii autori pe care îi tradusese. În acest sens, G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation...*, *op. cit.*, §680, p. 491, n. 2173.
- ⁴⁵ Pentru detalii, a se vedea A. Buciuman, *Obligația naturală și obligația civilă. O abordare structurală*, *Revista Română de Drept Privat* nr. 6/2015, p. 20-61.
- ⁴⁶ De pildă, J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en*

droit civil, thèse, Toulouse, 1949, în spec. §332-335, p. 302-306.

⁴⁷ Autorul mai sus citat, deși încurcat de vulnerabilitatea teoriei dualiste asupra obligației, îi recunoaște utilitatea, considerând că nu poate fi contestată existența a două elemente diferite în interiorul obligației, dar fără a susține totuși etanșeitatea sistematică a lui *Schuld* și *Haftung*. În aceste condiții, autorul se întreabă dacă nu cumva această distincție corespunde celei frecvent utilizate, între *dreptul substanțial* și *dreptul la acțiune* (J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral...*, op. cit., §333, p. 304).

Lipsa autonomiei absolute între *Schuld* și *Haftung* este aici o „intuiție” corectă. Propunerea privind înlocuirea termenilor structurii duale a obligației nu ni se pare însă cea mai fericită. Dreptul la acțiune nu acoperă toată gama mecanismelor de constrângere la care poate recurge creditorul unei obligații perfecte, exigibilitatea având un conținut mai larg. În plus, dreptul la acțiune este o noțiune de drept procesual, sugerând o sumă de condiții de admisibilitate a acțiunii în justiție; or, ceea ce lipsește creditorului dintr-o obligație naturală ține de substanța dreptului său.

⁴⁸ A. Buciuman, *Obligația naturală și obligația civilă. O abordare structurală*, op. cit., passim.

⁴⁹ A se vedea și I. Deleanu, *Notă la dec. civ. nr. 1741/1990 a Curții Supreme de Justiție*, secț. civ., în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Iurisprudentia*, nr. 1/2002, p. 57, pentru care abandonarea unilaterală a unei creanțe semnifică de fapt renunțarea la o prerogativă care aparține titularului dreptului, care transformă obligația civilă în obligație naturală.

⁵⁰ În același sens, a se vedea G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation...*, op. cit., §681, p. 493.

⁵¹ Art. 1006-1013 N.C.proc.civ., art. 1512-1515 N.C.civ.

⁵² J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral...*, op. cit., §335, p. 305, N. Picod, *La remise de dette...*, op. cit., §465, p. 348-350, I. Deleanu, *nota precit.*, p. 58.

⁵³ În consecință, este inexact să se vorbească de un drept al debitorului de a face plata. Nu posibilitatea de a plăti este asigurată de procedura ofertei de plată și a consemnațiunii, ci dreptul debitorului de a se libera de obligație. Un argument în acest sens, ne furnizează textul art. 1515 N.C.civ., care prevede dreptul debitorului de a retrage bunul consemnat „cât timp creditorul nu a declarat că acceptă consemnarea sau aceasta nu a fost validată de instanță. Creanța renaște cu toate garanțiile și toate celelalte accesorii ale sale din momentul retragerii bunului”. Or, plata nu poate fi revocată de debitor, ea stinge definitiv norma obligațională.

⁵⁴ Trib. civ. Seine, 11 juin 1911, *apud* J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral...*, op. cit., §337-338, p. 306-308.

⁵⁵ Cass. com., 22 mai 2007, n. 06-12196. Disponibilă la www.legifrance.gouv.fr, hotărârea a atras atenția comentatorilor: RTDciv.2007.805, *obs.* Ph. Théry; Recueil Dalloz, 2007, p. 1999, *note* O. Deshayes; RTDciv.2008.333, *obs.* P. Crocq. În speță, două societăți comerciale aflate în raporturi obligaționale care urmau să se desfășoare pe o perioadă lungă de timp, încheie, într-un moment de dificultate financiară a debitoarei, un protocol prin care stabilesc că părțile renunță să introducă orice acțiune în justiție una contra alteia, fără a renunța totuși la acțiunile împotriva fideiusorilor solidari aduși în vederea executării contractului de leasing. Debitoarea fiind ulterior în insolvență judiciară, fideiusorul solidar chemat judecată pentru executarea obligațiilor acesteia se apără, invocând stingerea obligației principale prin remitere de datorie, precum și principiul conform căruia fideiusorul nu poate fi ținut mai sever decât debitorul principal, apărări admise în fond, dar respinse în recurs.

⁵⁶ Codul civil reglementează în continuare fideiusiunea simplă, ca fideiusiune de drept comun, deși în practică ea se întâlnește foarte rar, fiind înlocuită cu fideiusiunea solidară, în care acțiunea creditorului contra garantului nu este subsidiară demonstrării insolvabilității debitorului principal. Dimpotrivă, fideiusiunea solidară nu se bucură prea mult de atenția legiuitorului, deși problemele practice pe care aceasta le ridică, legate în special de raporturile cu regimul solidarității pasive, nu

sunt deloc neglijabile.

⁵⁷ În acest sens, art. 2514 N.C.civ. recunoaște dreptul fideiursorului de a invoca prescripția extinctivă cu privire la obligația principală.

⁵⁸ Fideiursorul poate însă să își asume, în cunoștință de cauză, garantarea unei obligații naturale, conform 2288 N.C.civ.

⁵⁹ S-a încercat justificarea soluției prin recursul la teoria dualistă asupra obligației (P. Crocq, *obs. precit.*): supraviețuirea obligației debitorului se explică prin aceea că renunțarea la dreptul de acțiune în justiție privește doar elementul *obligatio* (*Haftung*). Pentru a justifica menținerea constrângerii fideiursorului la plată, teoria dualistă nu mai este adecvată: conform acestei concepții, obligația fideiursorului intră chiar în conținutul elementului *Haftung*, prin ipoteză dispărut.

⁶⁰ Soluția ar fi trebuit să fie similară și în cazul în care fideiursorul ar fi renunțat la beneficiul de discuție. În acest caz, accesorialitatea datoriei fideiursorului în raport cu norma adresată debitorului nu este dublată și de o subsidiaritate a exigibilității primeia față de neexecutarea, voluntară sau forțată, a celei de-a doua.

Pentru discuții privind natura juridică a fideiusionii solidare, a se vedea Ch. Larroumet (dir.), *Droit civil*, t. VII, *Les sûretés personnelles*, par J. François, Economica, Paris, 2004, §47 și urm., p. 34 și urm., L. Pop, S. Vidu, *Reglementarea fideiusionii în textele Noului Cod civil*, Revista Română de Drept Privat, nr. 2/2011, p. 194, în spec. p. 204-205.

⁶¹ Din nou, acțiunea nu se întemeiază pe subrogația în drepturile creditorului, prin ipoteză lipsit de prerogativa de a pretinde debitorului iertat executarea, ci este o acțiune personală.

⁶² În sensul că această remitere de datorie funcționează ca o excepție pur personală a debitorului și, de aceea nu poate fi invocată de ceilalți codebitori solidari, a se vedea A. Almășan, *notă* sub art. 1451 C.civ., în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentarii pe articole*, C.H. Beck, București, 2012, p. 1537. Autoarea admite că soluția operează în regim de excepție, fără a identifica justificarea acesteia.

⁶³ A se vedea J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd., Dalloz, 2002, §717, p. 1019.

⁶⁴ Legea face distincție între *creanțele care nu sunt defavorizate* de plan și *creanțele defavorizate* de plan, în ultima categoriile fiind incluse, pe calea unei prezumții legale, cele pentru care planul prevede o reducere a cuantumului, a accesoriilor creanței și/sau a garanțiilor ori eșalonarea plăților în defavoarea creditorului, fără acordul expres al acestuia (art. 5 pct. 16 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014). Noua formulă legală a definirii creanțelor defavorizate de plan condiționează, în mod fericit, integrarea creanței cu plata eșalonată în această categorie de lipsa acordului expres al creditorului. Sub vechea reglementare, cuprinsă în Legea nr. 85/2006, de cele mai multe ori, *toate* creanțele unui debitor în insolvență erau prezumate defavorizate de planul de reorganizare, conform art. 3 pct. 21 din lege, întrucât, în practică, planul stabilea adesea reeșalonări de plată chiar pentru creanțele cărora le preconiza plata integrală, iar legea nu refuza includerea în această categorie a creanțelor ai căror titulari au votat planul.

⁶⁵ Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Wolters Kluwer, București, 2008, p. 557, unde se afirmă că legea acordă beneficiul descărcării de datorii *intuitu personae*, adică exclusiv debitorului falit onest.

⁶⁶ Am văzut, mai sus, că remiterea de datorie poate servi și unui interes de tip speculativ al creditorului sau chiar obținerii unei contraprestații, nu doar intenției de a-l gratifica pe debitor.

⁶⁷ N. Picod, *La remise de dette...*, *op. cit.*, §351, p. 259, care, din această pricină, îi stabilește o natură hibridă. Jurisprudența franceză s-a pronunțat, sub imperiul legii în materie din 25 ianuarie 1985, în sensul că „în ciuda caracterului său voluntar, reducerea creanței acceptată de un creditor [...]

ține de natura judiciară a dispozițiilor planului adoptat pentru a permite continuarea întreprinderii, astfel încât ea nu constituie o remitere de datorie în sensul art. 1287 C.civ.". A se vedea Cass. com., 17 mai 1994, n. 92-22064, www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁸ În sens de plăți efectuate în afara cadrului trasat de procedura insolvenței. De altfel, art. 84 din Legea nr. 85/2014 prevede: „În afară de cazurile prevăzute la art. 87, de cele autorizate de judecătorul sindic sau avizate de către administratorul judiciar, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule de drept”.

⁶⁹ Art. 75 din Legea nr. 85/2014 dispune: „De la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului”.

⁷⁰ Spre deosebire de art. 53 al. 4 din vechea lege franceză în materie (Loi n. 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises), care declara expres că creanțele nedeclarate „sunt stinse”. Chiar în aceste condiții, în contra unei jurisprudențe majoritare în sensul că stingerea creanței din cauza nedeclarării sale nu lasă să subziste o obligație naturală, au apărut soluții disidente, care au admis eficacitatea angajamentului cesionarului de acțiuni ale societății debitoare de a plăti datoria astfel stinsă, ca mijloc de transformare a obligației naturale în obligație civilă (C. Ap. Paris, 29 juin 2000, citată de P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2010/2011, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2009, §665.71, p. 1663). La ora actuală, Codul francez al comerțului a eliminat dispoziția din vechea lege, sub impactul Regulamentului nr. 1346/2000 din 29 mai 2000, conform căruia deschiderea procedurii insolvenței nu afectează dreptul real al unui creditor sau al unui terț asupra bunurilor corporale sau incorporale, mobile sau imobile și care se găsesc în momentul deschiderii procedurii pe teritoriul altui stat membru. În aceste condiții, art. L. 622-26 din codul comerțului prevede că creanțele nedeclarate sunt inopozabile debitorului în timpul executării planului, lăsând nerezolvată problema situației juridice a acestora în procedura lichidării judiciare deschise ulterior eșecului planului de reorganizare sau în cazul reșitei acestuia.

⁷¹ Pentru distincția dintre dobânzi, pe de o parte, și penalități și majorări, pe de alta, a se vedea J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., Paris, 2005, §608 și urm., p. 646 și urm. Presupunând un debitor recalcitrant, penalitățile și majorările nu curg atâta vreme cât creditorul nu îl poate acționa în vederea executării, precum în cazul în care cel dintâi beneficiază de un termen de grație. Dimpotrivă, dobânzile tind la acoperirea pagubei pe care o suferă creditorul în perioada în care este lipsit de echivalentul prestației sale, corespunzând, alături de datorie, norma obiectivă obligațională, unui imperativ de justiție comutativă.

⁷² În același sens, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, §1460, p. 1437, Y. Picod, *Remise de dette, op. cit.*, §68, N. Picod, *La remise de dette...*, *op. cit.*, §558, p. 425.

⁷³ Degradarea semnificativă a situației debitorului impune remedii drastice. „Starea bolnavului nu mai ține de igienă sau de medicină, ci de chirurgia grea.” Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite*, 5^e éd., Economica, Paris, 1995, §1091, p. 115.

⁷⁴ În dreptul francez, legea face distincție între fideiusorii persoane juridice și fideiusorii persoane fizice, cei din urmă beneficiind la rândul lor de încetarea dreptului de urmărire al creditorilor. Pornind de la realitatea că acești fideiusori persoane fizice sunt adesea asociați sau administratori ai întreprinderii, legiuitorul îi încurajează pe această cale să nu disimuleze dificultățile financiare ale afacerii, întârziind prea mult deschiderea procedurii insolvenței de teama de a-și supune bunurile proprii executării silite a creditorilor.

Tot un exemplu de beneficiu care nu este inerent datoriei, dar pe care legiuitorul, român de această dată, îl acordă expres și fideiusorului sau codebitorilor solidari, este posibilitatea de a invoca prescripția extinctivă a creanței (art. 2514 N.C.civ.).

- ⁷⁵ În același sens, teoria lui M. Mignot, *Les obligations solidaires et in solidum en droit privé français*, Dalloz, Paris 2002, pentru prezentarea căreia trimitem la J. François, *Les sûretés personnelles...*, *op. cit.*, §50, p. 36-37.
- ⁷⁶ Avem în vedere aici efectele procedurii insolvenței asupra debitorului persoană fizică *profesionist*, care se încadrează în definiția cuprinsă în art. 3 alin. 2 și 3 N.C.civ., adică cel care se poate afla sub incidența Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență. Cu privire la persoanele fizice ne-profesioniste, Legea nr. 151/2015 (privind procedura insolvenței persoanelor fizice, publicată în M. Of. nr. 464 din 26 iunie 2015), a cărei intrare în vigoare a fost amânată până la 31.12.2016, reglementează o procedură colectivă pentru redresarea situației financiare a debitorului de bună-credință, menită să asigure acoperirea într-o măsură cât mai mare a pasivului acestuia și, eventual, eliberarea de datoriile sale reziduale. Deși guvernată de reguli diferite, preconizata liberare a debitorului persoană fizică ne-profesionist conform legii indicate, produce în opinia noastră aceleași efecte extinctive imperfecte asupra obligațiilor acestuia, cu descărcarea debitorului persoană fizică profesionist în baza Legii nr. 85/2014.
- ⁷⁷ Cu excepția cazului în care a fost găsit vinovat de bancrută frauduloasă sau de plăți ori transferuri frauduloase.
- ⁷⁸ În același sens, Y. Guyon, *op. cit.*, §1339, p. 387.
- ⁷⁹ Concluzia nu se aplică datoriiilor fiscale ale debitorului, care, așa cum am mai arătat (A. Buciuman, *Obligația naturală și obligația civilă. O abordare structurală*, *op. cit.*, în spec. p. 52-54), nu corespund unui veritabil drept de creanță al statului sau unității administrativ-teritoriale. Întrucât perceperea lor este o *atribuție* exercitată în baza unei *competențe legate*, dispoziția legală care „șterge” obligațiile debitorului supus procedurii insolvenței are ca efect înlăturarea acestei atribuții, astfel că o eventuală plată efectuată de către debitorul beneficiar va fi considerată nedatorată.
- ⁸⁰ De pildă, G. Piperea, *op. cit.*, p. 556, marchează caracterul atipic al „ștergerii” datoriiilor la închiderea procedurii falimentului, arătând că textul art. 137 din vechea lege a insolvenței, nr. 85/2006 astăzi abrogată, echivalent al actualului art. 181 din Legea nr. 85/2014, „operează o modalitate nouă de stingere a obligațiilor, necunoscută în dreptul civil”. Caracterul injust al descărcării debitorului în insolvență, fie persoană fizică, fie persoană juridică, este „intuit” și de acest autor, care susține, în mod greșit după părerea noastră, că creditorii vor avea o acțiune întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză contra foștilor asociați sau acționari ai societății radiate din registrul comerțului, dacă vor demonstra că patrimoniul lor a fost redus fără justă cauză în favoarea majorării patrimoniului pârâților.
- ⁸¹ Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului *ad-hoc*, publicată în M. Of. nr. 870 din 14 decembrie 2009 (în prezent abrogată).
- ⁸² Cf. art. 5 alin. 1 pct. 17 din Legea nr. 85/2014.
- ⁸³ Pentru discuții detaliate cu privire la calificarea clauzei ca termen nedefinit sau condiție, suspensivă ori rezolutorie, a se vedea N. Picod, *La remise de dette...*, *op. cit.*, §502, p. 380-382, care optează pentru varianta condiției rezolutorii, cu argumentul că revenirea la o situație financiară bună este foarte rară în practică, în așa fel încât părțile au privit-o doar ca pe un eveniment excepțional și puțin probabil (ceea ce elimină ideea de termen), dorind în schimb ca reducerea creanțelor să se producă imediat (de unde caracterul rezolutoriu, și nu suspensiv al condiției).
- ⁸⁴ De pildă, comunicarea Comisiei Comunităților Europene din 5 decembrie 2008, intitulată *Recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de la crise financière actuelle: limitation des aides au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions indues de concurrence*, publicată în J.O. C. nr. 10 din 15 ianuarie 2009, p. 2-10, recomandă ca recapitalizarea

de către un Stat membru a băncilor în dificultate să prevadă mecanisme de „recuperare” (*clawback*) sau clauze de restituire în cazul ajungerii la o situație financiară mai bună, care să permită acest lucru (*clause de retour à meilleure fortune*).

⁸⁵ În același sens, se pronunță și N. Picod, *La remise de dette...*, op. cit., §559, p. 425.

⁸⁶ Cf. art. 36 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, „Dacă procedura concordatului preventiv se finalizează cu succes, la termenul prevăzut în contract sau anterior acestuia, după caz, judecătorețul-sindic va pronunța o încheiere prin care va constata realizarea obiectului concordatului preventiv. În acest caz, modificările creanțelor prevăzute în concordatul preventiv rămân definitive”.

⁸⁷ În acest sens, R. Kauffmann (în *De l'utilité et des effets d'une clause potestative: La clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires*, Recueil Dalloz, 1982. Chron. XXI, p. 129-130) se întreba: „nu este curios să vedem că dreptul falimentului, care tinde la echilibrarea slăbiciunii debitorului și forței creditorilor, ajunge să securizeze debitorul după acordul de concordat în așa manieră încât provoacă de multe ori o inversare a situației, în care realizăm că falitul prosperă grație abandonurilor de creanță obținute, în timp ce, în anumite cazuri, creditorul nu își mai poate reveni?”.

⁸⁸ În privința obligațiilor bugetare, art. 37 din Legea nr. 85/2014 stabilește că măsurile luate în procedura mandatului *ad-hoc* și a concordatului preventiv trebuie să respecte reglementările din materia ajutoarelor de stat, unde, așa cum am văzut, imperative legate de asigurarea liberei concurențe pe piață recomandă inclusiv practicarea unei astfel de clauze. De asemenea, dacă proiectul de concordat propune reduceri ale creanțelor bugetare, este obligatorie prezentarea rezultatelor „testului creditorului privat” (cf. art. 24 alin. 5), o procedură specifică de evaluare, în urma căreia se poate stabili că reducerea respectivă de creanță nu constituie ajutor de stat dacă testul creditorului privat atestă că distribuțiile pe care le-ar primi creditorul bugetar în cazul unei proceduri de prevenire a insolvenței sau de reorganizare sunt superioare celor pe care le-ar primi într-o procedură de faliment (cf. art. 5 alin. 1 pct. 71).

⁸⁹ Desigur, în măsura în care este admisă însăși noțiunea de drept subiectiv și, în funcție de aria de acoperire pe care i-o recunoaștem acesteia. Pentru adversarii dreptului subiectiv (R. Demogue) sau pentru susținătorii unei viziuni restrictive asupra acesteia (P. Roubier), prescripția extinctivă limitează posibilitatea de a obține realizarea sau apărarea beneficiului pe care o situație juridică o conferă unei persoane.

⁹⁰ Problematika prescripției extinctive este deja pe larg tratată inclusiv în literatura juridică română. A se vedea M. Nicolae, *Prescripția extinctivă*, Rosetti, București, 2004, *idem*, *Tratat de prescripție extinctivă*, Universul Juridic, București, 2010, I. Reghini, *Prescripția extinctivă*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ed. a 2-a, Sfera Juridică, Cluj-Napoca, 2008. Pentru doctrina franceză, trimitem la M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription civile en matière civile*, Economica, Paris, 1986, M. Bruschi, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Economica, Paris, 1997, A. Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, Paris, 2010, F. Zénati, S. Fournier, *Essai d'une théorie unitaire de la prescription*, RTDciv.1996.339.

⁹¹ În același sens, G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation...*, op. cit., §453, p. 325.

⁹² În același sens, J. Ghestin, M. Bruschi, G. Loiseau, *Le régime des créances...*, op. cit., §1115, p. 1136.

⁹³ Sub reglementarea anterioară Noului Cod civil, acțiunile având ca obiect drepturile reale principale erau guvernate de Codul civil 1864, în vreme ce Decretul nr. 167/1958 guverna prescripția extinctivă în materia creanțelor (art. 22 Decretul nr. 167/1958).

⁹⁴ Decretul nr. 167/1958 privitor la prescripția extinctivă, publicat în B. Of. nr. 19/21 aprilie 1958, a fost abrogat prin art. 230 lit. p din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr.

287/2009 privind Codul civil, publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011.

- ⁹⁵ Pentru detalii, a se vedea I. Reghini, *Prescripția extinctivă*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil, op. cit.*, p. 633 și urm., M. Nicolae, *Prescripția extinctivă, op. cit.*, p. 40-55.
- ⁹⁶ Art. 1 alin. 1 din Decretul nr. 167/1958 dispunea: „*Dreptul la acțiune, având un obiect patrimonial, se stinge prin prescripție, dacă nu a fost exercitat în termenul stabilit de lege*”.
- ⁹⁷ Repunerea în termenul de prescripție era prevăzută în art. 19 al Decretului nr. 167/1958, care prevedea: „*Instanța judecătorească sau organul arbitral poate, în cazul în care constată ca fiind temeinic justificate cauzele pentru care termenul de prescripție a fost depășit, să dispună chiar din oficiu judecarea sau rezolvarea acțiunii...*”.
- ⁹⁸ Art. 20 din Decretul nr. 167/1958 dispunea: „*Debitorul care a executat obligația după ce dreptul la acțiune al creditorului s-a prescris, nu are dreptul să ceară înapoierea prestației, chiar dacă la data executării nu știa că termenul de prescripție era împlinit*”.
- ⁹⁹ Izolat și contrar unei jurisprudențe unitare, s-a argumentat, chiar sub imperiul Decretului nr. 167/1958, că prescripția extinctivă ar opera numai cererea celui interesat. A se vedea, în acest sens, M. Nicolae, *Prescripția extinctivă, op. cit.*, §56, p. 125-131.
- ¹⁰⁰ Nu doar debitorul poate invoca prescripția extinctivă, legea conferind acest drept și fideiusorilor, codebitorilor solidari sau indivizibili, creditorilor săi, precum și oricărei alte persoane interesate (art. 2514 N.C.civ.).
- ¹⁰¹ M. Nicolae, *Prescripția extinctivă, op. cit.*, §382, p. 594.
- ¹⁰² *Idem*, *Tratat de prescripție extinctivă, op. cit.*, §602, p. 1159.
- ¹⁰³ *Idem*, *Prescripția extinctivă, op. cit.*, §372, p. 585.
- ¹⁰⁴ I. Reghini, *Reflecții privitoare la modul în care operează prescripția extinctivă în reglementarea Codului civil*, *Dreptul* nr. 9/2012, p. 26-39.
- ¹⁰⁵ Utilizând sintagma „de plin drept” pentru a preciza cum *nu* se produc anumite efecte juridice, textul art. 2506 N.C.civ. marchează intenția legiuitorului de a sublinia distanțarea față de soluția art. 18 din Decretul nr. 167/1958 (*Instanța judecătorească și organul arbitral sunt obligate ca din oficiu să cerceteze dacă dreptul la acțiune sau la executarea silită este prescris*). Însă același scop este cu prisosință servit de dispozițiile art. 2512 N.C.civ., care arată că prescripția poate fi opusă numai de cel în favoarea căruia curge, că organul jurisdicțional nu o poate aplica din oficiu, chiar dacă aceasta ar fi în interesul statului sau al unității administrativ-teritoriale.
- ¹⁰⁶ I. Reghini, *art. precit.*, p. 34.
- ¹⁰⁷ Titlul art. 2506 N.C.civ., *Efectele prescripției împlinite*, este și el în contratimp cu ideea că prescripția nu ar opera de drept. Dacă îndreptățirea de a refuza executarea după împlinirea termenului este un efect al prescripției, el s-a produs de la momentul expirării termenului legal, și nu ulterior.
- ¹⁰⁸ Dar nu contra voinței ambelor părți. La fel ca în cazul prescripției extinctive, efectul paralizant de datorie al compensației legale se produce automat, dar invocarea sa este lăsată la libera apreciere a celui interesat. Pentru detalii asupra acestor aspecte, a se vedea A. Collin, *Du caractères volontaire du déclenchement de la compensation, op. cit., passim*.
- ¹⁰⁹ Când a devenit exigibilă creanța reciprocă celei supuse prescripției sau când s-a născut creanța în legătură cu bunul cu privire la care se invocă dreptul de retenție, de pildă.
- ¹¹⁰ În lipsa unui text similar, la fel este tranșat conflictul de jurisprudență franceză recentă. De exemplu, Cass. com., 30 mars 2005, RTDciv.2005.599, *obs.* J. Mestre, B. Fages.
- ¹¹¹ J. Carbonnier, *Notes sur la prescription extinctive*, RTDciv.1952.171.

HONESTE VIVERE: ULPIAN'S PRAECEPTUM IURIS AS MANIFESTED IN THE ROMAN LAW OF MARRIAGE

Gardiol van NIEKERK*, Duard KLEYN**

Abstract: *In this contribution we explored the influence of the precept of honeste vivere in the writings of the Roman classical jurists, within the context of marriage. Honeste vivere is one of the praecepta iuris that appear in D.1.1.10 and that are regarded as the foundational precepts of Roman law. Although they are not always in accord with the regulae iuris, which are brief statements of the law deduced from the existing positive law, there are instances in which the praecepta and the regulae iuris correspond. This is evident, among others, in the classical texts relating to the prohibition of marriages on social and moral grounds.*

Keywords: *Praecepta iuris; honeste vivere; live honourably, injure no one; give everyone his due; justice; Roman law of marriage; materfamilias; classical Roman jurists; boni mores; foundational postulates; prohibited marriages; senatorial aristocracy*

1. Introduction

The classical jurist Ulpian's famous *praecepta iuris* are prominently introduced in the *Corpus iuris civilis* in the Digest and appear also in the Institutes¹. In D. 1.1.10, Ulpian links the concept of *praecepta iuris* with that of justice. He defines *iustitia* in D. 1.1.10*pr.* as the constant and perpetual desire to give to everyone what he is entitled to². He then continues in D. 1.1.10.1 to state that the *praecepta iuris* encompass the following, to live honourably, to injure no one and to give everyone his due³, the third precept aligning with the definition of justice.

It is generally accepted that Ulpian's definition of justice and his *praecepta iuris* have their origins in Greek natural-law philosophy, specifically in Stoic doctrine⁴. Interestingly, Ulpian merely mentions the *praecepta iuris* but nowhere explains their content. It is not surprising, then, that later scholars contemplated their meaning and that the concept of *praecepta iuris* has been variously defined. Among others, the *praecepta iuris* have been described as "definitions of justice"⁵; "basic principles"⁶; "precepts of law"⁷; "grondbeginselen van het recht"⁸; and as "maxims of law"⁹. The gist of these descriptions appears to be that the *praecepta iuris* are not legal rules derived from positive law, but rather ethical principles or morals¹⁰.

A question that comes to mind is how the *praecepta iuris* differ from the *regulae iuris* which are also prominently placed in the last title of the Digest, D. 50.17 *De diversis regulis iuris antiqui*? According to Paul, a *regula* is a brief statement of the law as it is¹¹. From this definition it is apparent that the *praecepta* form the foundation of legal reasoning¹² and, by contrast, that the *regulae* are rules deduced from the existing positive law.

There are scholars who maintain that the *praecepta iuris* had no significant impact on the writings of the classical Roman jurists whose interpretations of Roman law often conflicted with the ethos of the *praecepta*¹³. These scholars generally found their views on the fact that there are instances where Roman law is not in accord with the *praecepta*. The existence of such a dissonance is confirmed in a number of the *regulae iuris* that conflict with the *praecepta*¹⁴. One such example is the apparent dissonance of the notion of *honeste vivere* and the *regula iuris* in D. 50.17.144: "Everything which is permissible is not always honourable"¹⁵. Other instances of the apparent conflict come to the fore in Pomponius, Paul and Ulpian's statements concerning freedom of contract, that allow for conduct contrary to the concept of *honeste vivere*¹⁶.

Equally, one has to bear in mind that there are indeed instances where Roman law corresponds with the *praecepta* and that the *praecepta* and *regulae iuris* are often in accord with each other¹⁷. Thus the *regula* against unjust enrichment in D. 50.17.206 is in line with the principle of *alterum non laedere*. Further, the principle of *honeste vivere* corresponds with the *regula*: "In matrimonial unions, not only what is lawful but also what is honourable should be considered." It is interesting that also the Accursian gloss used the example in marriage of the wife who lives chastely, honouring her vows in accordance with the *mores* of the day, to illustrate the concept of *honeste vivere*¹⁸.

It is this gloss that prompted us to explore the influence, if any, of the precept of *honeste vivere* in the writings of the classical jurists, within the context of marriage.

2. *Honeste vivere* and the prohibition of marriages on social and moral grounds

A perusal of various texts, not all of which deal specifically with the *institution* of marriage, yielded several references to the notion of *honeste vivere*. A number of the texts that explicitly mention the concept of *honestas* also evidence the connection of this concept with the prevailing *boni mores*.

The first text of interest is D. 23.2.42*pr.* in which Modestinus comments on the rite or formation of marriage, explicitly alluding to the notion of *honestas*:

Modestinus libro singulari de ritu nuptiarum pr. Semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit. (... In [marital] unions, it should always be considered not only what is legal, but also what is honourable).

In D. 23.2.42.1 this comment is contextualised when it is explained that a senator's female descendants could not marry freed persons and other people considered to be engaged in morally dubious activities such as acting¹⁹. D. 23.2.42 *pr.* must thus be seen against the background of prohibited marriages, specifically the prohibition of marriages of the senatorial order on social and moral grounds, dictated by public policy. This will be the focus of this contribution.

It is trite that so-called “status-consciousness”²⁰ permeated Roman society from very early on and there are ample examples in the Twelve Tables of inequality based on status, or position. It is generally accepted that this ethos of class differentiation played no small role in legal development. Its influence in personal laws is evidenced, among others, by the prohibition of marriages between plebeians and patricians²¹. Although the *lex Canuleia* abolished this prohibition in 445 BC, class differentiation remained a significant determinant in the prohibition of marriages by members of the senatorial order to freed persons or persons who led dishonourable lives or were descended from parent(s) who were perceived to lead or to have led dishonourable lives.

2.1 Augustus’ marriage legislation

The regulation on suitable marriage partners for the senatorial order originated in the various marriage laws that formed part of the Augustan endeavour to intervene in the general moral decline in Rome and the decline in population numbers. The *lex Iulia de maritandis ordinibus* was promulgated in 18 BC and was succeeded by and included in the *lex Papia Poppaea* in AD 9²². Verbatim quotations from these legislative prescripts are rare, but one of the few direct quotations occurs in D. 23.2.44pr²³. Interestingly, this text forbids marriages of senators’ daughters as well as other descendants to unsuitable marriage partners, but only in the male line. A senator’s grandchildren descending from his daughter are not included in the prohibition of marriages with people of inferior rank²⁴:

A Senator, or his son, or his grandson by his son, or his great-grandson by his son, or grandson, shall not knowingly or with malicious intent become betrothed to, or marry a freedwoman, or a woman whose father or mother practices, or has practiced the profession of an actor. Nor shall the daughter of a Senator, or a granddaughter by his son, or a great-granddaughter by his grandson marry a freedman, or a man whose father or mother practices, or has practiced the profession of an actor, whether they do so knowingly, or with malicious intent. Nor can any one of these parties knowingly, or with malicious intent become betrothed to, or marry the daughter of a Senator²⁵.

Unlike Modestinus in D. 23.2.42.1 and Paul in D. 23.2.16pr., who explicitly state that such forbidden marriages would be void, Paul’s text in D. 23.2.44pr. does not attach specific consequences to a marriage in contravention of this prohibition²⁶.

Also Ulpian in his *Regulae* 13.1 by implication refers only to a senator’s children in the male line under this prohibition, but he, too, does not state what the outcome of such a prohibited marriage would be²⁷:

1. By the Lex Julia Senators, as well as their children, are forbidden to marry their freedwomen or any women when either they themselves, or their fathers or mothers were professional actors.

2. The same persons, and others who are freeborn, are forbidden to marry women who were public prostitutes, or procuresses, or any women manumitted by a procurer or a procuress; or one (who) had been taken in adultery or convicted of a crime, or who had

belonged to the theatrical profession; and to these the Maurician Decree of the Senate adds a woman who has been convicted by the Senate.

In D. 23.2.44.6, Paul observes that the prohibition does not have an *ex post facto* effect on a marriage honourably contracted:

Paulus libro primo ad legem Iuliam et Papiam... 6. Si postea ingenuae uxoris pater materve artem ludicram facere coeperit, iniquissimum est dimittere eam debere, cum nuptiae honeste contractae sint et fortasse iam liberi procreati sint. ("If the father or mother of a freeborn woman, after the marriage of the latter, should begin to exercise the profession of the stage, it would be most unjust for the daughter to be repudiated by her husband, as the marriage was honourably contracted, and children may already have been born^{28v}).

One should bear in mind that unlike the modern institution of marriage, the Roman marriage in pre-classical and classical law was a social fact with legal consequences, founded on the morality of the day. It was not a legal institution²⁹. At first, it was a private family affair, but it entered the public arena with the Augustan marriage legislation³⁰. It is only in the post-classical era, under the influence of Christianity it became a religious and juridical institution³¹.

2.2 Constantine's approach

Evans Grubbs points out that it is a fallacy that Constantine's marriage legislation³² of the fourth century generally reflects a noticeably Christian character. His legislation was rather informed by his dissatisfaction with the social order of his time. There was a so-called "status-confusion" in the time of Constantine. It has to be borne in mind that the *Constitutio Antoniniana* of AD 212 conferred citizenship on all inhabitants in the Empire. However, this Law did not equalise the status order and there remained a distinct status difference between the *honestiores* and the *humiliores*, a new class distinction that emerged in later Antiquity. Senatorial families, which formed part of the *honestiores*, held the highest status³³. During the third century, their power declined and they no longer played the primary role in government as they did in the past.

Constantine endeavoured to re-institute the Roman societal class structure of old and rebuild the traditional society. This is reflected in his attempts to revive the stature of the senatorial aristocracy and the stratification of Roman society³⁴. It is then not surprising that while most of the prohibitive laws under discussion fell into desuetude, or were abolished by Constantine, the prohibition on senatorial marriages remained on the law books. In fact, Constantine extended the class of women who were regarded to be unsuitable for such marriages³⁵. Moreover, he regarded the proscription as important enough to determine explicitly that persons of high rank would be visited with *infamia* should they treat their offspring born from undesirable unions as legitimate children³⁶; this was certainly not in the spirit of Christianity. Interestingly, Constantine's prohibition referred only to the marriages of men of rank, the office holders themselves, and did not extend to their descendants.

More than a century later, in AD 454, the Emperors Valentinianus and Marcianus yet again confirmed the prohibition on marriages between senators and other men of rank and so-called degraded women, to wit “a slave, a woman on the stage or daughter of a woman on the stage, a female inn-keeper, or the daughter of an inn-keeper, of a procurer or of a gladiator, or a woman who publicly prostitutes her person for gain”³⁷. This text does not explicitly state whether a marriage in breach of this prohibition would result in *infamia*, as in the case of Constantine’s rescript, or would be void.

It appeared that the courts had difficulty with the interpretation of Constantine’s constitution and that there was some uncertainty whether “degraded women” also included poor freeborn women. C. 5.5.7*pr.*-1 clarified this and determined that no freeborn woman should be regarded as “abject and degraded”, irrespective of whether she was poor, and that senators and all persons of high rank were permitted to marry a poor freeborn woman. It stressed that freeborn women should not be differentiated on account of their wealth. In Nov. Marc. 4.1.3, it was pertinently decreed that “low and degraded women” were only those specifically enumerated in Constantine’s law that prohibited senators and other men of rank to marry certain people. Significantly, it is stated in this decree: “We believe without any doubt that this is what Constantine ... meant in the sanction ... and therefore he prohibited such marriages, in order that not so much the marriages as the vices of these women whom we have just enumerated might not be connected with Senators³⁸.” In other words, men of rank should not be tainted by the reputation of women who lived dishonourably or were descendants of parents who lived thus. The emphasis here is then on the status of the senatorial order rather than on the honourability of the institution of marriage. The notion of *honestas* is confirmed again in the *interpretatio*³⁹ to this law:

Hac lege permissum est, ut exceptis vilibus infamibusque personis, quas lex ista commemorat, pauperes et sine ulla dignitate natalium, dummodo honestas et honestis parentibus procreatas, senatores, si voluerint, uxores eligendi et ducendi habeant potestatem. Quod et omnibus exemplo legis huius sine dubitatione permittitur. (“By this law it is permitted that with the exception of vile and infamous persons, whom this law mentions, Senators shall have the power to choose as wives and to marry women who are poor and without any high rank of birth status provided that such women are honourable and born of honourable parents. This practice without doubt is permitted to all persons, according to the precedent of this law.”)

2.3 Later developments

It took a further century for Justinian’s uncle, Emperor Justin, to relax this rule, under the influence of Christianity, by providing that the Emperor could be petitioned to allow such marriages under certain circumstances. This paved the way for Justinian to marry the infamous Theodora. According to this Law, also, the lives of the degraded women were characterised as dishonourable⁴⁰. It is noteworthy that this was not the first time that the injunction on certain classes of people as marriage partners was relaxed. According to Ulpian’s comments on Book VI of the *lex Julia et Papia* in D.23.2.31, a senator could marry a freedwoman by the consent of the Emperor.

It is not surprising that, in line with the changing convictions of society, Justinian eventually abolished this rule completely⁴¹. Underlying the prohibition of marriages on social grounds, was the view that a person of rank was not allowed to marry a person who lived dishonourably (*inhoneste vivere*), or was related to such a person. In line with this reasoning, women who married before the termination of the *tempus lugendi/annus luctus* after their husbands' death, were not regarded as living dishonourably and their marriages were never regarded as void, but the widow was visited with infamy⁴². Further, from the fourth and fifth century, in line with the prevailing mores, the prohibition of marriages on social grounds was watered down to the extent that such marriages resulted not in invalidity but in property disadvantages and infamy⁴³.

2.4 The yardstick of the *materfamilias*

The perception that a man of higher rank (and here specifically a person of the senatorial order) should marry a woman of exceptional honourability, a characteristic feature lacking in all the degraded women that they were forbidden to marry, brings one to the obvious question: what were the characteristic features of the woman honourable enough to marry into the senatorial order? The answer would be a woman who could fulfil the role of a *materfamilias*.

The concept of a *materfamilias* evolved over time. The *materfamilias* was the mother of the family and wedded wife of the *paterfamilias*. Her position was associated with honour, dignity, modesty, prudence and chastity⁴⁴, all of which were informed by her behaviour⁴⁵. These attributes are highlighted in both literary and legal texts. The good wife's standard of honest living was characterised by features that were not present in the so-called "debased" women that the senatorial order were forbidden to marry.

Cicero narrowly defined "*materfamilias*" as a wife *in manu*, while other wives were merely *uxores*⁴⁶. The *in manu* marriage, however, was not popular in Cicero's time and had virtually disappeared by the time of Augustus. Nevertheless, in some literary texts *materfamilias* was used in a wider sense⁴⁷. Also the jurists started using *materfamilias* in a wider context, but the bottom line remained that marriage bestowed on her the position of *materfamilias* and then not necessarily an *existing* marriage. A text in point is D. 50.16.46.1, which also emphasises the honourability of the *materfamilias*⁴⁸:

De verborum significatione. Ulpianus libro 59 ad edictum pr. ...1. "Matrem familias" accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores. (We ought to regard as "mother of a family" a woman who has not lived dishonourably; for her behaviour separates and distinguishes a mother of the family from other women. It will make no difference whether she is still married or a widow, freeborn or freed; for neither the state of being married nor birth makes a wife of a head of a household, but good morals.)

The notion of the honourability of the *materfamilias* also crops up in D. 43.30.3.6. This text relates to a praetorian interdict for the production of children in custody disputes upon divorce, and the regulation of temporary custody⁴⁹ pending the hearing of the case.

The text states that under certain circumstances the child should be left in the care of the mother of the family. Ulpian then observes that “[t]he mother of a family is understood to be a woman of acknowledged good repute”⁵⁰.

It appears that, for women, the *materfamilias* became the accepted standard of living honourably⁵¹. This is, for example, evident from D. 23.2.41.1:

Et si qua se in concubinato alterius quam patroni tradidisset, matris familias honestatem non habuisse dico. (And if a woman should live in concubinage with someone other than her patron, I say that she does not possess the virtue of the mother of a family.)

Importantly, the designation “*materfamilias*” refers to the married woman in a private context of husband and household. In the public sphere she was referred to as “*matrona*”⁵².

The *stola*, a long robe worn in public, was distinctive of the honour of the *materfamilias* or *matrona*⁵³. In the *Thesaurus lingua latinae*⁵⁴ it is referred to as the woman’s robe of honour. Festus defines, “*matronas*” as follows: *matronas appellabant eas fere, quibus stolas habendi ius erat*⁵⁵. This also resounds in D. 47.10.15.15:

Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissentiarum si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur. (If anyone should speak to young girls who are attired in the garments of slaves, he will be considered to be guilty of a minor offence; and still less, if they are dressed as prostitutes, and not as respectable women. Therefore, if a woman is not dressed as a respectable matron, anyone who speaks to her or takes away her female attendant will not be liable to the action for injury.)

The delict of *iniuria* that encompasses *contumelia*, or insult, is illustrated in D. 47.10.1.2 with, among others, reference to the honour of the married woman:

Omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur. (Every injury is inflicted on the body or relates to dignity or reputation. It pertains to the body when someone is struck; it pertains to dignity when a matron’s companion is abducted; and to reputation when an attempt is made upon a person’s chastity.)

Importantly, though, an *iniuria* relates not only to abduction of a companion, but manifests itself also when a person is accosted or followed. In this regard Ulpian remarks in D. 47.10.15.19:

Tenetur hoc edicto non tantum qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem appellavisset adsectatusve est ...

Inst. 4.4.1 elaborates and explains that an injury is committed also where anyone has followed a married woman, a boy, or girl, or generally when the modesty of someone has been infringed⁵⁶.

However, it appears that while the abduction of a matron's companion itself amounts to *iniuria*, the other instances above have to be against the *boni mores* to constitute an *iniuria*⁵⁷.

In late Antiquity, Constantine held the honour of the matron in such high esteem that he decreed that if a person attempted to drag a *materfamilias*, residing in her home, into public for an outstanding debt, his action should be visited with capital punishment "or he shall be done to death with exquisite tortures"⁵⁸.

3. Conclusion

Hanbury⁵⁹ once noted that the "morality of the pagan Ulpian" as expressed in the "three lofty precepts" of the *praecepta iuris* is of a "more durable material than is commonly supposed". Although the *praecepta iuris* are merely foundational ethical principles or morals, distinct from legal rules and the *regulae iuris* that appear in D. 50.17, these precepts have played no small role in the shaping of Roman law. Despite the fact that some scholars maintain that the *praecepta* had no significant impact on the writings of the classical jurists, there are clear indications that the precept of *honeste vivere* had a bearing on the development of certain aspects of marriage law.

The institution of marriage developed over the centuries along with the changing mores of Roman society. Whereas initially marriage was merely a private family affair, it entered the public domain with Augustus' legislation. In the post-classical era, under the influence of Christianity, it became a religious and juridical institution, but it was not Christianity that underscored the importance of *honeste vivere* in its development. The notion of *honestas* is a recurring theme in the texts of the classical jurists relating to the regulation of marriages in this regard and the *materfamilias* became the yardstick of the ideal woman and the essence of female honourability. Throughout its history, Roman society was conscious of status. Dictated by public policy and in line with the ethos of class-consciousness, the prevailing perception of the inequality of different classes of people informed the prohibition on marriages of men of rank to women who led what was perceived at the time to be dishonourable lives.

It should be borne in mind, though, that in this contribution we explored but one theme in which the jural postulate of *honeste vivere* impacted on the development of Roman law of marriage as expounded by the classical jurists. There are also other instances, not related to the choice of a marriage partner, where the concept of *honestas* comes to the fore in relation to marriage, more specifically to the institution itself. The texts relating to the prohibition of donations between spouses are particularly significant for their moralising undertone, one that focuses on the ethical principle that the purity of marriage should be preserved⁶⁰. Other texts in this vein deal with the *dos*⁶¹ and verbal contracts⁶².

It is likely that further investigation will yield more examples of the influence of the *praecepta iuris* on the writings of the classical jurists, supporting the premise that these foundational principles indeed formed the foundation of legal reasoning in Roman law.

* Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa; vniekgi@unisa.ac.za. I thank the University of South Africa for their financial assistance that enabled me to conduct research at the Institute of Advanced Legal Studies in London, UK. Opinions and conclusions are those of the authors and not the University of South Africa.

** Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of Pretoria; duard.kleyn@up.ac.za.

- ¹ See, generally, Duard Kleyn and Gardiol van Niekerk "Ulpian's *praecepta iuris* and their role in South African law Part 1: Historical context" in *Meditationes de Iure et Historia. Essays in Honour of Laurens Winkel* (2014) 20(1) *Fundamina Editio Specialis* 437-445.
- ² *Iustitia est constans et pertua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Ulpian's definition of *iustitia* appears also in Inst. 1.1.pr.
- ³ *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. This notion of *praecepta iuris* is repeated in Inst. 1.1.3.
- ⁴ See, eg, Laurens Winkel "Die stoische oikeiosis-Lehre und Ulpian's Definition der Gerechtigkeit" (1988) 150 *ZSS(R)* 669-679 at 669-672; Ernst Levy "Natural law in Roman thought" in Wolfgang Kunkel & Max Kaser (eds.) *Ernst Levy: Gesammelte Schriften* vol. 1 (Köln, 1963) 1-19 at 5, 16; Fritz Schulz *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1967) at 69-72; Ulrich Manthe "Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles" 1996 (113) *ZSS(R)* 1-32 at 1; Ulrich Manthe "Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdichkeit und die *iuris praecepta* Ulpian's" 1997 (114) *ZSS(R)* 1-26 *passim*; D.H. van Zyl *Justice and Equity in Cicero. A Critical Evaluation in Contextual Perspective* (Pretoria, 1991) at 44, 198; and see the discussion in Kleyn & Van Niekerk (n. 1) 440-442.
- ⁵ Laurens Winkel "The role of general principles in Roman law" (1996) 2(1) *Fundamina* 103-120 at 104.
- ⁶ See Alan Watson's English translation of *The Digest of Justinian* vol. 1 (Philadelphia Penn, 1985).
- ⁷ J.A.C. Thomas *The Institutes of Justinian. Text Translation and Commentary* (Cape Town, 1975) at 3.
- ⁸ J.E. Spruit et al. *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling* vol. 2 ('s-Gravenhage, 1994) at 91; cf. A.C. Oltmans *De Instituten van Justinianus. Vertaling, tabellen en register* (Haarlem, 1967) at 5, who refers to it as "grondregels van het recht", bringing to mind the distinction between *praecepta* and *regulae iuris*.
- ⁹ T.C. Sandars *The Institutes of Justinian* (London, 1934) at 6.
- ¹⁰ Cf. Winkel (n. 5) at 104; J.B. Moyle *Imperatoris Justiniani institutionum* (Oxford, 1955) at 98-99; H.R. Hahlo & Ellison Kahn *The South African Legal System and its Background* (Cape Town, 1968) at 9; H.G. Hanbury "The realisation of Ulpian's *iuris praecepta*" 1958 *Acta Juridica* 200-202 at 202.
- ¹¹ D. 50.17.1: *Paulus libro 16 ad Plautium. Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur...* (A rule is something which briefly describes how a thing is. The law may not be derived from a rule, but rule must arise from the law as it is. By means of a rule, therefore, a brief description of things is handed down ...); cf., Peter Stein's "The Digest title, *De diversis regulis iuris antiqui*, and the general principles of law" in his *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays* (London, 1988) 53-72; Derek van der Merwe "Regulae iuris and the axiomatization of the law in the sixteenth and early seventeenth centuries" (1987) 3 *TSAR* 286-302; Laurens Winkel "A note on *regulae iuris* in Roman law and on Dworkin's distinction between rules and principles" in John W. Cairns & Olivia F. Robinson (eds.) *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* (Oxford, 2001) 413-418.
- ¹² Accordingly, the *praecepta iuris* are not justiciable: see Malte Diesselhorst "Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpian's in D,1,10pr. und die Praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre rezeption bei Leibniz und Kant" in Okko Beherens, Malte Diesselhorst & Wulf Eckart Vos (eds.) *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaßdes 75. Gebutstages von Franz Wieacker* (Ebelsbach, 1985) 185-211 at 199.

- ¹³ See, eg, Diesselhorst (n. 12) at 195ff. It appears that Ernst Levy n. 4) at 16-19 in fact denies any influence of these *praecepta* on the “imposing system of the Roman law” (at 17); for a contrary view, see Hanbury (n. 10) at 202 who notes that “we can detect an intense preoccupation, on the part of the Roman jurists, with the task of keeping the law as a whole from deviating too far from morality, as expressed in Ulpian’s three *juris praecepta*”.
- ¹⁴ Compare, eg, the inconsistency of “*alterum non laedere*” and D. 50.17.55: “No one is considered to commit a fraud who does what he has a right to do”; see, also, D. 39.3.1.1 where it is stated that a person would not have an action against his neighbour who had redirected water from his land, and so deprived him of its use. Likewise, according to D. 39.2.24.12, there is no action against a person who intercepts his neighbour’s water by digging a well on his own property; and see, generally, Ernst Levy “Natural law in the Roman period” (1949) 2 *Natural Law Institute Proceedings* 43-72 at 68.
- ¹⁵ See Ernst Levy “Natural law in the Roman period” (1949) 2 *Natural Law Institute Proceedings* 43-72 at 68.
- ¹⁶ See, eg, D. 4.4.16.4: “Pomponius also states with reference to the price in a case of purchase and sale, that the contracting parties are permitted to take advantage of one another in accordance with natural law”; and D.19.2.22.3: “The nature of sale and purchase allowed buying for less what is worth more and selling for more what is worth less, the reciprocal taking of advantage; this is also the rule in leases and hires”.
- ¹⁷ See C. Wollschläger “Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft” in Beherens, Diesselhorst & Vos (n. 12) 41-88 at 49-50.
- ¹⁸ Gloss “*honeste*” ad D. 1.1.10.1.
- ¹⁹ D. 23.2.42.1: *Modestinus libro singulari de ritu nuptiarum ... Si senatoris filia neptis proneptis libertino vel qui artem ludicram exercuit cuiusve pater materve id fecerit, nupserit, nuptiae non erunt* (“If the daughter, granddaughter, or great-granddaughter of a Senator should marry a freedman, or a man who practices the profession of an actor, or whose father or mother did so, the marriage will be void.”); See, also, D. 23.2.16*pr.*, which states that the marriage of a senator’s daughter to a freedman is void and D. 21.2.23 on the prohibition for senators and their children to marry freedwomen; and *cf.*, Marcellus D. 23.2.32 and the generic text, Inst. 1.10.11. Marriages contracted in contravention of these prohibitions were in accordance with the *ius civile* initially not void but subject to restrictions in the law of succession. Such marriages were declared void during the reign of Marcus Aurelius (AD 161-180) and his elder son Commodus (AD 180-193), who became joint ruler in AD 177: see D. 23.2.16*pr.*: *Paulus libro 35 ad edictum pr. Oratione divi Marci cavetur, ut, si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent: quam et senatus consultum secutum est; cf.*, also, D. 23.1.16 and D. 24.1.3.1; also Kaser *Das römische Privatrecht* vol. I (Munich, 1971) at 319; Kaser *Das römische Privatrecht* vol. II (Munich, 1975) at 165 n. 28; Susan Treggiari *Roman Marriage* (Oxford, 1991) at 50; Judith Evans Grubbs *Law and Family in Late Antiquity* (Oxford, 1999) at 96, 261-263. See, also, J.A.C. Thomas *Textbook of Roman Law* (Oxford, 1990) at 422-423, Paul van Warmelo ‘n *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (Kaapstad, 1971) at 69 par. 198, D.H. Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (Durban, 1977) at 95 esp. n. 102 and W.W. Buckland *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge, 1963) at 105, all of whom note that such marriages were void, but neglect to mention that these marriages were explicitly declared void only in the time of Marcus Aurelius and Commodus.
- ²⁰ See Evans Grubbs (n. 19) at 62.
- ²¹ Table XI.1. In delict, eg., Table VIII.3 (... If a person breaks a bone of a freeman with hand or by club, he shall undergo a penalty of 300 asses; or of 150 asses, if of a slave) and Table VIII.14 (In the case of

all other ... thieves caught in the act freemen shall be scourged and shall be adjudged as bondsmen to the person against whom the theft has been committed provided that they have done this by daylight and have not defended themselves with a weapon; slaves caught in the act of theft ..., shall be whipped with scourges and shall be thrown from the rock ...") evidence the discrepancy in the treatment of slaves and freemen.

²² Thomas A.J. McGinn *Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome* (Oxford, 1998) at 71-84; Paul du Plessis *Borkowski's Textbook on Roman Law* (Oxford, 2010) at 121, 130; Treggiari (n. 19) at 60-80; Marita Carnelly "Laws on adultery: Comparing the historical development of South African common-law principles with those in English law" (2013) 19(2) *Fundamina* 185-211 at 188 M.R. Lefkowitz & MB Fant "Legal status in the Roman world" in *Women's Life in Greece and Rome* in pars. 120-123 available at

<http://www.stoa.org/diotima/anthology/wlgr/wlgr-romanlegal120.shtml#pass121> (accessed 16 Feb 2016); Judith Evans Grubbs *Women and the Law in the Roman Empire. A Sourcebook on Marriage, Divorce and Widowhood* (London, 2002) at 84-85; 148-154; 166-170.

²³ See Treggiari (n. 19) at 61-62.

²⁴ This is in contrast with Modestinus's text in D. 23.2.42.1 which makes no mention whether the affected descendants are in the male or female line. The fact that men took preference here should not really surprise, as Papinianus inferred in D. 1.5.9: *Papinianus libro 31 quaestionum In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*. ("... There are many points in our law in which the condition of females is inferior to that of males"); cf., further, Evans Grubbs (n. 22) at xi and 72-73 for a discussion of the status of the individual members of a senatorial family.

²⁵ *Paulus libro primo ad legem Iuliam et Papiam. Lege Iulia ita cavetur: Qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. Neve senatoris filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto*. And see, generally, D. 23.2.44.

²⁶ Likewise Ulp. D. 23.2.43 does not specifically mention of the consequences of a forbidden marriage.

²⁷ *De cael<ib>e orbo et solitario patre. 1. Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem. 2. Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone len<a>ve manumissam et in adulteri<o> deprehensa<m> et iudicio public<o> damnata<m> et quae arte<m> ludicram fecerit: adicit Mauricianus et a senat<u> damnatam*. (FIRA 2.28) McGinn (n. 22) at 91-92 points out that this text is "deeply flawed" and that its heading ("On the unmarried man, childless man, and unmarried man with children") in fact has no bearing on what follows in the actual text. And see D. 23.2.43 where Ulpian discusses the *lex Iulia et Papia*, expanding on the notion of prostitution and related matters, in (10) again mentioning the prohibition on senators to marry women of inferior rank (here specifically convicts); It appears from Ulp. *Reg.* 16.2, that the prohibition of marriages between freeborn and public women was founded on the needs of decency, rather than equality: see Blume's note to D. 5.4.23.

²⁸ This is confirmed in C. 5.4.28.

²⁹ D. 23.2.1; D. 25.2.1; D. 42.1.52; See Max Kaser I at 72-73, 310-311; Kaser/Wubbe *Romeins Privaatrecht* (Zwolle, 1967) at 278; Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* (London, 1962) at 80.

³⁰ Evans Grubbs (n. 19) 54.

- ³¹ This influence of Christianity clearly comes to the fore in imperial legislation. See, eg., C. 8.47.10pr.: ... *Cum enim tanta fragilitas est adoptionis, ut possit in ipso die et filius fieri et extraneus per emancipationem inveniri, quis patiatur iura patris naturalis nexu divino copulata ludibrio defraudari, cum in hoc casu et contradicendi filio ex iure vetere datur licentia et invitus transire ad aliam familiam non cogitur; cf.*, also, Max Kaser II at 158-160. This influence is visible also in Justin's law in C. 5.4.23pr. ... *Nam ita credimus dei benevolentiam et circa genus humanum nimiam clementiam quantum nostrae naturae possibile est imitari ...*
- ³² Excluding perhaps the law of AD 331 that penalised unilateral divorce and the law of AD 320 abolishing the penalisation of unmarried and childless persons; see, Evans Grubbs (n. 19) at 317.
- ³³ The senatorial family included the senator, his wife, children and grand-children by their sons. Senators were regarded as *clarissimi* and their wives and daughters as *clarrissima femina*. See D. 50.16.100; D. 1.9.8.
- ³⁴ Evans Grubbs (n. 19) at 5-7, 21, 54ff, 317ff; and see 260-316; Evans Grubbs (n. 22) at 7-9.
- ³⁵ C.Th. 4.6.3.
- ³⁶ C. 5. 27.1 "We order that senators or persons of the rank of prefect (*perfectissimus*) ... shall be branded with infamy and lose the privileges of the Roman laws if they treat children born to them of a slave, daughter of a slave, freedwoman, daughter of a freedwoman, actress, daughter of an actress, mistress of a tavern, daughter of a tavern keeper, or a low and degraded woman, or the daughter of a panderer or gladiator or a woman who offered herself to public trade, as their legitimate children, either pursuant to their own declaration to that effect or pursuant to the privilege extended by our rescript ..." (a 336); C.Th. 4.6.3pr.
- ³⁷ C. 5.5.7.2; in Nov. Marc. 4.2 (tr. Clyde Pharr *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions* (New York, 1959; 1969 repr.), Constantine's law in C. 5.27.1 is interpreted: "But that famous man [Constantine], who clearly loved the honourable and who was a most conscientious judge of morals, judged to be "low and degraded persons" and considered unworthy of marriage with Senators those women who were polluted with sordid blots, either on account of the stigma of degenerate birth or a life dedicated to shameful occupations and who were corrupted either by the disgrace of their birth status or by the obscenity of their profession. Therefore We remove all doubt that had been injected into the minds of certain persons, and all those regulations shall remain and endure perpetually with the strongest validity which were sanctioned in regard to the marriages of Senators by the constitution of Constantine..."
- ³⁸ *Humiles vero abiectasque personas eas tantummodo mulieres esse censemus, quas enumeratas et specialiter expressas copulari matrimonii senatorum lex praedicta non passa est ... Quod quidem haud dubie credimus ipsum divae memoriae Constantinum in ea, quam promulgavit, sanctione sensisse ideoque huius modi inhibuisse nuptias, ne senatoribus harum feminarum, quas nunc enumeravimus, non tam connubia quam vitia iungerentur.*
- ³⁹ The interpretations were precises of the constituciones collated in the Theodosian Code, often containing additional remarks and sources. They are preserved in the *lex Romana Visigothorum*: see Adolf Berger *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (New Jersey, 2004) sv "interpretationes ad Codicem Theodosianum").
- ⁴⁰ C. 5.4.23.1: Blume's Annotated Codex: "...we grant them by this beneficent imperial sanction the right that, if they abandon their dishonorable conduct, and embrace a better and honorable mode of life, they may supplicate our majesty, and they will unhesitatingly be granted an imperial rescript permitting them to enter into a legal marriage. 1a. Persons who marry them need not fear that such alliance will be invalid under the provisions of our former laws, but may be confident that such

matrimony shall be as valid as if their wives had not previously lived any dishonorable life, whether the husbands possess a title or are otherwise forbidden to marry women that have been on the stage, provided that such alliance must be proven by marriage documents, and not otherwise. 1b. Such women shall be entirely cleansed of all stain as if they had been returned to their natal condition. No dishonor shall adhere to them, and we want no difference to exist between them and those who have not sinned in a similar manner.” (a 520-523) See, further, C. 5.4.23.5-6.

⁴¹ See Nov. 117.6: “... We do not, however, want to keep in force the law of Constantine [C. 5.27.1] and the interpretation thereof made by Marcian [C. 5.5.7.2; Nov. Marc. 4] ... by which marriages of women, whom the Constantinian law calls abject, with men decorated with dignities are prohibited, but we give the right to those that wish, though decorated with one of the greater dignities, to enter into a marriage with these women by the execution of marriage documents. Others not decorated with one of the greater dignities shall have the right to marry such women either by the execution of documents or simply through conjugal affection, provided the women are free and such with whom they may (otherwise) contract marriages.” (Blume); see, also, C. 5.4.29.6, Nov. 78.3, C. 1.4.33.2. *Cf.*, further, Paul du Plessis (n. 22) at 454; M. Kaser/F.B.J. Wubbe *Romeins Privaatrecht* (Zwolle, 1967) at 280.

⁴² C. 5.9.2.

⁴³ Kaser II at 167 esp. n 28.

⁴⁴ Kaser I at 59; Treggiari (n. 19) at 34; Evans Grubbs (n. 22) at 19-20; McGinn (n. 22) at 153; Annelize Jacobs “*Maritus v Mulier: The double picture in adultery laws from Romulus to Augustus*” (2015) 21(2) *Fundamina* 276-288 at 286.

⁴⁵ See, eg. D. 3.1.1.5: the reason for prohibiting a woman to act in law suits on another’s behalf was that it would compromise “the modesty suitable for her sex”; *cf.*, also, C. 2.12.21; D. 26.10.1.7.

⁴⁶ *Top. 14: Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrumfamilias, eae sunt, quae in manum conuenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur.; cf.*, Treggiari (n. 19) at 28. See also Aul. Gell. 18.6.9: ... *unde ipsum quoque "matrimonium" dicitur, matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus, manu mancipioque esset, quoniam non in matrimonium tantum, sed in familiam quoque mariti et in sui heredis locum venisset.*

⁴⁷ Treggiari (n. 19) at 34-35, 279. Treggiari points out at 34, eg., that in Plautus’s *Stichus* (Pl. St. 98.), the concept of *materfamilias* had a wider meaning embracing also honourable wives who were not *in manu*. And see McGinn (n. 22) at 150-152.

⁴⁸ See, also, D. 48.5.11*pr.*

⁴⁹ See Thomas A.J. McGinn “Communication and the capability problem in Roman Law: Aulus Gellius as iudex and the jurists on child-custody” (2010) LVII *Revue Internationale des droits de l’Antiquité* 265-298 at 280-281. According to D. 43.30.1.3: Should a mother have a superior claim to custody, it would counter the father’s claim.

⁵⁰ ... *Cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.*

⁵¹ *Cf.*, also, McGinn (n. 22) at 156; Evans Grubbs (n. 19) at 19-20; Jane F. Gardner *Family and Familia in Roman Law and Life* (Oxford, 1998) 209.

⁵² *Cf.*, McGinn (n. 22) at 150.

⁵³ See D. 34.2.23.2 for Ulpian’s famous discussion of appropriate clothing relating to status, age and gender. McGinn (n. 22) at 154-155, notes that Ovid frequently refers to the matron’s attire in light of probable liability under the *lex Iulia* (see Ovid’s *Ars Amatoria* I.31-34); and, interestingly that the fallen adulterous *materfamilias* had to relinquish her *stola* and was forced to wear the prostitute’s *toga*.

⁵⁴ Available at

https://books.google.co.za/books?id=rzZLAAAACAAJ&dq=thesaurus+lingua+latinae&source=gbs_navlinks_s_ (accessed 5 Feb. 2016) sv "stola".

⁵⁵ See Festus *De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome* (Toronto, 1839) sv "matronas"; see, also, FIRA 3.51: *Aureliae Isidorae quae et Prisciae, mecum iuveni uxori (matronae stolatae, quae bene et) convenienter in communi vita se gessit ...*

⁵⁶ See, also, G. 3.220.

⁵⁷ See D. 47.10.15.23; further, D. 47.10.15.16-19; cf., also, Zimmermann Reinhard *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition* (Cape Town, 1990) at 1054-1055.

⁵⁸ C.Th. 1.22.1: ... *vel exquisitis potius exitiis suppliciisque plectatur.*

⁵⁹ (n. 10) at 200.

⁶⁰ See, in general, D. 24.1 and C. 5.16, esp. D. 24.1.3pr.; D. 24.1.32.13; D. 24.1.51; see, also, D. 39.5.31pr.

⁶¹ See, eg, D. 24.3.20.

⁶² See D. 45.1.134pr. It was conventional in Roman law to subject a stipulation to a penalty clause in order to force the debtor to perform and to facilitate proof of damages in the case of non-performance. In fact, Justinian recommended this practice. However, in terms of this text, on the facts and in accordance with good morals, it is clear that to subject the stipulation to a penalty clause dishonours the institution of marriage. Therefore "proceedings could not be instituted under the stipulation, an exception on the ground of bad faith might be pleaded against the party bringing the suit".

O PRIVIRE DE ANSAMBLU ASUPRA INOVAȚIILOR LEGISLATIVE ALE ÎMPĂRATULUI UXORIUS

Cristina POP*

Abstract: Emperor Uxorius and his legal innovations: an overview. *The age of Iustinian represents the last stage in the evolution of the Roman Imperium. This Emperor, whose work changed the history of the world, had three major objectives. First, the reconquest of the Roman Empire; because his face was also turned towards the past, his ideal was to restore the proud aspect of the Roman territory. This was chiefly realised by Justinian conquests in Italy, Spain and Africa. His military achievements decided the course of and affected the development of Western Europe. Second and the only one to be achieved, came the composition of the Roman law pillar, the Corpus Iuris Civilis. With a general reflection, Justinian introduced to the Roman world the first of the great legal monuments, which have immortalised his name and contributed to the welfare and progress of European civilisation.*

The most important legacy of the Emperor himself lays in the field of law. Containing old wine in new barrels, it is obvious that Corpus Iuris Civilis still shapes legal culture today. Under his reign was created the civil jurisprudence that still commands the laws of Eastern and Western nations. The third goal followed by the Emperor was the reunification of the Church. He became a sort of imperial pontiff and his cesaropapism represents the fulfilment of the policy which Constantine tried to establish. Under Justinian we see a concerted effort to restore the authority, autonomy and dignity of the imperial office; on the one hand, in his person was accomplished the Roman last absolutism, but on the other hand, standing on the shore of the modern period, Justinian cast into the water of the future great stones which have created immense circles.

Keywords: Justinian, Roman law, Roman women, family, divorce, inheritance

Lucrarea de față constituie o prezentare care dorește să stabilească, pe lângă altele, relația dintre politica marelui împărat bizantin Iustinian și convingerile sale religioase, sub numeroase aspecte. Cercetări speciale au fost făcute de savanți renumiți cu privire la întreaga lucrare administrativă a împăratului Iustinian sau la anumite părți ale ei¹. De mare interes pentru aceștia au fost mai ales partea legislativă, activitatea militară, programul arhitectural, precum și politica economică și religioasă. Savanții în istorie politică veche și în istoria bisericească timpurie caracterizează epoca lui Iustinian I ca fiind sfârșitul unei lungi perioade numită „istoria antică” și începutul unei noi perioade numite „istoria medievală bizantină”. De fapt, lucrarea administrativă a lui Iustinian și strădania sa religioasă sunt momente hotărâtoare în dezvoltarea istoriei omenirii și a vieții Bisericii creștine, susține Asterios Gerostergios².

Întemeiat de către primul împărat roman creștin, Constantin cel Mare, Imperiul Romano-Bizantin, clătinat după scindarea administrativă din anul 395 și criza politică din secolul al V-lea, va cunoaște maxima sa afirmare sub domnia împăratului Iustinian. În calitatea sa, revendicată și asumată, de moștenitor legitim al vechilor cezari romani și de continuator al tradițiilor lor politice, domnia lui a dus la evoluarea în cadre creștine a Noii Rome. Constantinopolul, capitala noului Imperiu, va fi desemnat de către contemporani și Noul Ierusalim, iar statul ca „protejat de Dumnezeu”³. În același timp, împăratul său „victorios și pacifist” nu este numai succesorul imperatorilor romani, ci se va considera delegatul lui Hristos pe pământ, un principe sfânt și aidoma apostolilor, șef suprem al religiei creștine⁴.

Prin consecințele rezultate, programul de guvernare al lui Iustinian transcede dincolo de sfârșitul domniei sale, întrucât cei care au urmat la tron au stat sub semnul realizărilor marelui împărat. Toți acești succesori s-au văzut oarecum siliți să promoveze o politică ce să-i continue sau să-i conserve opera. În atare condiții, secolul VI poate fi numit, pe drept cuvânt, în teritoriul romano-bizantin, ca secolul lui Iustinian.

În continuarea expunerii vom prezenta, în rezumat, domnia lui Iustinian, întâietate având în discursul de față textele legale care au promovat în societatea romano-bizantină poziția juridică a femeii. În acest scop, ne vom opri punctual asupra a două instituții juridice care au ca fundament căsătoria, anume divorțul și succesiunile. Detaliind aspectele legale privitoare la femeia dornică să divorțeze sau care rămăsese văduvă, ne vom opri apoi asupra înrăuririi pe care a avut-o Teodora împărăteasa asupra promulgării anumitor texte de lege pro-feminine.

Când o lume veche se năruie și alta se naște, se observă o criză adâncă în toate domeniile vieții sociale. Considerăm că nici nu s-ar fi putut petrece altfel, deoarece căderea lumii romane vechi a adus răsturnarea forțată a ordinii politice, sociale și religioase, precum și renunțarea la valorile spirituale pe care, timp de secole, se bazase societatea quiriților. În această perioadă s-a manifestat în istoria omenirii și, în special în dezvoltarea și răspândirea creștinismului, o criză acerbă, atât internă, cât și externă. Într-o vreme de tulburare, plină de certuri interne, dezbinare, antagonisme, fanatism religios folosit pentru realizarea intereselor politice, în acea perioadă în care ocârmuirea era prea slăbită pentru a face față invaziilor barbare, pe tronul Imperiului Roman de Răsărit urcă Iustinian. El a devenit întemeietorul unei mari dinastii care a guvernat Imperiul aproape de un secol (până în anul 610). Adept incontestabil al imperiului universal, „puține personaje istorice sunt mai greu de judecat decât împăratul Iustinian... poți spune despre el în același timp mult bine și mult rău și dovezile par a se înmulți spre a justifica și răul, și binele.”⁵ Căci, așa cum remarcă și istoricul Valentin Al. Georgescu, Iustinian numără tot atâția admiratori entuziaști sau rezervați, cât și critici severi sau numai lucizi⁶.

Perseverența acestui împărat în timpul nesfârșitelor ore de muncă, precum și lipsurile la care se supunea, sunt uimitoare. În minunatul său palat el trăia aproape ca un sihastru. Câteva ore de somn îi erau de ajuns pentru odihna trupului, din acest motiv era supranumit „neadormitul”. Mânca puțin și muncea foarte mult⁷. Ușile palatului erau deschise tuturor. Potrivit *Istoriei secrete* a lui Procopius, împăratul era omul la care se putea intra cel mai ușor din lume. S-a dovedid a fi împărat roman nu doar în vorbă, ci în faptă⁸. Noblețea sa era de o asemenea calitate, încât a fost un model pentru încercările cu care s-a confruntat administrația imperială⁹.

Deviza politicii interne și externe a lui Iustinian era „Un Stat, o Lege, o Biserică”¹⁰. În realizarea acesteia împăratul trebuia să dezvolte un asemenea sistem administrativ și legislativ, încât să vină în întâmpinarea tuturor nevoilor sociale, fără a se îndepărta de glorioasa tradiție greco-romană. Recucerirea fostelor provincii occidentale ale Imperiului Roman și *renovatio* a vechiului *urbis Romanus*¹¹, reformarea administrației, marea sa operă constructivă și, în legătură directă cu aceasta, avântul artei bizantine, sunt doar câteva dintre domeniile care în perioada lui Iustinian au devenit instrumente în vederea realizării ideologiei sale.

Cu toate acestea, împărăția lui Iustinian nu a devenit cunoscută doar prin nemuritoarele monumente artistice sau pentru victoriile sale militare. Domnia sa ar fi fost nemuritoare chiar și numai prin opera legislativă. Acest segment al politicii reprezintă replica internă a politicii sale externe, apte în concepția împăratului să redea Imperiului Romano-Bizantin atât coeziunea de care avea nevoie, cât și prosperitatea din trecut. Fiindcă din istoria Împărăției de Răsărit, care cunoscuse și „vremuri de splendoare, de eflorescență culturală, de rafinată civilizație, de avânt politic, nu au lipsit nici paginile de corupție și decădere”¹², năzuințele ortodoxe ale Bizanțului au cuprins sub înrăurirea lor și latura juridică. Personalitatea de excepție care a fost Iustinian I a întrupat, cum nu a mai făcut-o nimeni până la el în Imperiul Romano-Bizantin, două idei fundamentale : ideea imperială romană și ideea creștină¹³. „Ce există mai mare, mai sacru, decât puterea imperială? Cine ar putea avea cutezanța și mândria încât să disprețuiască judecata împăratului, când înșiși întemeietorii vechiului drept au declarat deschis și lămurit că rânduielile ce decurg din hotărârile imperiale au valoare de lege?”¹⁴ „Dumnezeu a subordonat împăratului legile înseși trimitându-l pe el oamenilor ca pe o lege însuflețită... cine ar fi capabil să rezolve enigmele legii și să le descopere oamenilor, dacă nu acela care singur are dreptul să facă legea?”¹⁵ Calitatea de reprezentant al lui Hristos pe pământ este afirmată și proclamată de către Iustinian fără nicio rețineră în formula introductivă a actelor pe care le emitea : „În numele lui Iisus Hristos, Dumnezeul nostru”¹⁶. Pentru Iustinian noțiunea de Imperiu Roman se confunda cu cea de *oikumene* creștină, iar victoria credinței nu va fi pentru el o misiune mai puțin importantă decât restaurarea puterii și unității romane. În această concepție, vechea *pax Romana* va fi înlocuită cu *pax Christiana*, ajunsă ideea supremă de centralizare și extindere a Imperiului¹⁷.

Imediat după urcarea pe tron, Iustinian a considerat ca una dintre principalele priorități reforma legislativă, fără de care unitatea politică și religioasă nu putea fi una trainică. Pe lângă acest motiv, împăratul a fost îndemnat să realizeze noua codificare și din motive de ordin practic. În epoca sa, legislația romană se găsea într-un adevărat haos, ceea ce făcea deosebit de dificilă aplicarea acesteia. În numeroase cazuri, dispozițiile legislative trădau contradictorialitate și neclaritate. Pe de altă parte, procurarea lor devenise pentru practicieni din ce în ce mai anevoioasă¹⁸. Conștient de acest lucru Iustinian afirmă în *Constitutio Deo auctore* : „...am găsit că în vremea noastră legile care descind de la întemeierea Romei și din vremea lui Romulus sunt atât de încurcate, încât trăgându-se la nesfârșit această stare a lor, cu greu ar putea fi pricepute de vreo minte omenească”¹⁹. Criza sistemului politic și economic a determinat numeroase și importante prefaceri în suprastructura juridică a Imperiului. Acest

lucru nu însemna însă, nici că se putea renunța în totalitate la vechiul drept roman, nici că trebuia creată o legislație complet nouă. În consecință, pentru jurisconsultii romano-bizantini ai secolului al VI-lea devenise clar faptul că aplicarea vechii legislații romane nu era indicată. Puși față în față cu această realitate ei au ales calea de mijloc, cea a codificării.

Sarcina nu era ușoară, întrucât legile romane anterioare trebuiau adunate și studiate. Materialul rezultat se impunea a fi pătruns de învățăturile Sfintei Scripturi, ale Sfintei Tradiții și armonizate cu acestea, pentru a putea sluji nevoilor societății creștine. Așa stând lucrurile, în data de 13 februarie 528, la doar șase luni după ce fusese încoronat, Iustinian aduce la cunoștința Senatului faptul că dorește să scoată la lumină o nouă colecție de lucrări juridice care să conțină prevederile dreptului roman²⁰. Astfel a luat naștere *Corpus Juris Civilis*, un gigant supermarket din care avocații și istoricii obișnesc să cumpere idei juridice și concepte²¹. Pentru a-i conduce pe oameni, Legea divină nu era de ajuns, mai ales că Iustinian era moștenitorul unei situații juridice destul de confuze (imperfecțiunile din *Codex Theodosianus*, abundența legislativă din vremea împăraților Leon, Zenon, Anastasius). Cum frumos descrie Caroline Humfress, opera legislativă a lui Iustinian conținea vin vechi în burdufuri noi: fiecare carte care mai apoi urma să formeze *Corpus*-ul conținea reguli juridice provenite din surse diferite ale trecutului Romei, dar în așa fel formulate încât să să fie în acord unele cu altele și totodată cu dezvoltarea societății din acele timpuri²². Legislația lui Iustinian s-a îndreptat constant înspre corectarea imperfecțiunilor și a formulărilor obscure, chiar dacă acestea fuseseră întâlnite în textele antice, în legile emise de către împărații anteriori sau în propriile lui constituții. Drept urmare, pentru publicarea celei de-a doua ediții a *Codex*-ului a adus ca argument perfecționismul: „Nimic din ceea ce a fost început de către noi nu trebuie să rămână imperfect.”²³

Faptul că întreaga comunitate a Bisericii și a Statului în Bizanț desemna un tot unitar, trebuia să fie stabilit printr-un acord între Biserică și Stat. Era de neînchipuit ca într-o singură comunitate să funcționeze două autorități opuse în același timp²⁴. Biserica întruchipa sufletul, iar Statul reprezenta trupul. Unirea sănătoasă a acestor două organisme era considerată de către Iustinian ca fiind o implicație necesară, întrucât doar astfel între ele putea avea loc o colaborare armonioasă : „Sacerdoțiul și Imperiul sunt două daruri prețioase pe care Dumnezeu le-a lăsat oamenilor din dragostea Sa nemărginită. Sacerdoțiul privește lucrurile divine; Imperiul conduce lucrurile muritoare și le guvernează; și unul, și celălalt provin din același principiu, dirijând cursul vieții umane”²⁵. De vreme ce principiul armoniei a făcut ca neconcordanța dintre legi și canoane să fie imposibilă, prin Novela 81 împăratul a stabilit ca : „...poruncile sfinte bisericești... să fie înțelese ca legi”²⁶, iar în Codul său spune : „poruncim ca toate pedepsele practice care vin în contradicție cu un canon bisericesc și care au fost obținute prin favoruri sau prin intrigi politice, să fie lipsite de valabilitatea și autoritatea lor.”²⁷ Iustinian acceptă distincția dintre autoritatea imperială și cea spirituală, admitând că imperiul și sacerdoțiul au funcții diferite, dar totul este subordonat binelui imperiului, puterii și prosperității statale, ca valoare ultimă și absolută. „Binele Bisericii constituie forța imperiului”- reprezintă cheia teoriei împăratului²⁸.

Dacă cineva studiază cu atenție cuprinsul întregii opere a lui Iustinian se va convinge că scrierile lui teologice sunt expresia, interpretarea și apărarea rațională a legilor, care la rândul lor

sunt codificarea și însumarea ideilor centrale din scrierile teologice²⁹. Multe dintre legi au, pe de o parte, prezentări ca și cum ar fi predici ale unui scriitor bisericesc, iar canoanele Bisericii sunt prezentate supușilor săi ca legi ce trebuie respectate de întreg Imperiul³⁰. „Dacă ne străduim atât de mult să întărim legea civilă, a cărei putere, Dumnezeu, în marea lui bunătate, ne-a încredințat-o spre ocrotirea supușilor noștri, cu cât mai mult ar trebui să ne străduim să întărim canoanele și legile dumnezeiești care au fost dăruite pentru mântuirea sufletelor noastre!”³¹ Mai mult, Codul său de legi începea cu o adevărată mărturisire de credință în Hristos și Sfânta Treime³², Iustinian atribuind reușita lucrărilor juridice „inspirației divine și ajutorului Sfintei Treimi”. Nu putem înțelege importanța lui Iustinian în istorie fără a vedea în el primul ideolog al imperiului creștin.

Hans-Georg Beck în, *Erotikon Bizantin*³³, concluzionează că mărturisirea ortodoxă simbolizează pentru omul bizantin de regulă nu doar aderarea la un cod de credință și la o confesiune, ci proclamarea apartenenței definitive la Imperiul Bizantin, la ideologia și la ritualurile ce-l identifică. Ortodoxia este reprezentată eminemant de cel aflat în fruntea imperiului, de împărat. De aceea, este înainte de toate, ortodoxie politică. Bizantinul, ca persoană religioasă, dar și ca supus politic, are în față o dublă datorie de loialitate, care- deși cu doi reprezentanți, Biserică și împărat- *in concreto* se contopește în una singură. Ceea ce înseamnă că guvernarea imperială se identifică total cu aspirațiile Bisericii, iar ea sprijină din toate puterile acțiunile împăratului. Astfel, patriarhul Constantinopolului, Mennas (536-552) sublinia că „nimic nu trebuie să se facă în preasfânta Biserică împotriva voinței și a ordinelor împăratului”³⁴, iar Iustinian declara că cea dintâi datorie a sa este „de a păstra neatinsă credința creștină curată, de a apăra de orice tulburare statul și preasfânta Biserică”³⁵.

Toate lucrările juridice publicate în timpul lui Iustinian reflectau de fapt visul unei ordini creștine și romane. Fragmente întregi din această legislație tratau despre Biserică, disciplină și morală, accentuând concepția bizantină și medievală asupra Bisericii și societății. Chiar dacă principalele direcții în acest sens au fost stabilite deja în vremea lui Constantin cel Mare și Theodios I, contribuția lui Iustinian rămâne marcantă.

Opera legislativă a lui Iustinian a fost însoțită și de reformarea infrastructurii sistemului juridic, respectiv a instituțiilor juridice. În acest context, împăratul a arătat un interes deosebit în vederea îmbunătățirii învățământului juridic superior. În primul rând, a desființat școlile de drept de la Atena, Cezareea și Alexandria. Apoi a reorganizat structura anilor de studiu, stabilind-o pentru o perioadă de 5 ani: studenții din anul I (*Justiniani novi*) studiau Instituțiile și primele patru cărți din Digeste; studenții din anul al II-lea, numiți *edictales*, continuau studiul Digestelor; în anul al III-lea se adăugau curiculei și textele lui Papinian, iar în anii IV și V studenții își completeau cunoștințele cu celelalte cărți ale Digestelor și Codex-ul lui Iustinian³⁶.

Chiar dacă există și păreri mai puțin plăcute la adresa lui, Bizanțul nu a cunoscut un alt împărat care să i se asemene după amploarea realizărilor, iar supranumele de „cel Mare” i-a fost atribuit conform meritelor sale. Mai mult, faptele acestui conducător l-au făcut pe scriitorul Agathias din Myrna să-l numească „primul între toți care au domnit în Bizanț ce s-a dovedit a fi împărat roman nu în vorbă, ci în faptă.”³⁷

Sub influența Bisericii creștine legislația Imperiului Bizantin care avea ca obiect instituția căsătoriei, va deveni din ce în ce mai severă. Astfel, căsătoriile incestuoase erau pedepsite cu moartea, confiscarea bunurilor și exilul. În același timp, a fost interzis mariajul între nași și finii botezați de către aceștia, deoarece botezul dă naștere unei paternități spirituale³⁸.

Iustinian, „intenționează în secolul VI să opereze o revoluție în acest peisaj, prin restaurarea autorității dreptului clasic și concilierea acestuia cu contribuțiile perioadei postclasice”³⁹. Legislația sa a fost una fermă și a dominat întreg Evul Mediu răsăritean⁴⁰, a asprit condițiile prin care doi cetățeni romani puteau divorța, nepermițând nici divorțul prin acord mutual, cu excepția situației în care soții doreau să trăiască în castitate. Prin urmare, Iustinian a introdus patru tipuri de divorț: divorțul prin consimțământ mutual⁴¹, divorțul motivat de un fapt neimputabil celui alt soț sau *bona gratia* (sterilitatea femeii sau impotența soțului, boala de natură psihică a unuia dintre soți, lipsa soțului plecat în război pentru o perioadă mai mare de 5 ani și intrarea la mănăstire), divorțul determinat din vina unuia dintre soți (*iusta cause*) și divorțul pentru oricare altă cauză care nu intră în categoria *bona gratia*⁴².

Încă de la început dorim să menționăm că, în cazurile de divorț, Iustinian considera greșit să existe sancțiuni diferite pentru bărbați și femei⁴³. Astfel, în anul 528, Iustinian introduce ca și motiv de divorț unilateral impotența soțului timp de doi ani de la începutul căsătoriei. În această situație, soția își recăpăta doar zestrea oferită la nuntă. Anul 533 adaugă la lista de cauze pentru care se accepta divorțul și săvârșirea unui avort de către femeie, îmbăierea ei cu alt bărbat și acceptarea de către aceasta a bigamiei. Prin aceeași lege se stabilește pedeapsa pentru divorțul fără justă cauză, cât și pentru cel întemeiat, cazuri în care dota nu era returnată. În aceste împrejurări, partea culpabilă era obligată să transmită părții inocente a patra parte din averea sa, maximum ajungând la 50 livre de aur. Dacă în familia foștilor soți existau copii sau nepoți, partea de avere era păstrată intactă pentru beneficiul descendenților⁴⁴.

Preambulul Novelei 22 conține o explicație a lui Iustinian referitoare la evoluția divorțului, după cum urmează: anticii nu s-au preocupat intens de problema divorțului și a căsătoriilor ulterioare, din acest motiv femeile și bărbații se puteau recăsători fără a fi pedepsiți în vreun fel; totodată, Iustinian notează că împărații Theodosius II și Leon I au extins legislația în acest domeniu, așa cum și el însuși făcuse; mai mult, conchide că, din acel moment, legile care au ca obiect divorțul, vor fi extinse și îmbunătățite.

În anul 536 Iustinian mărește la trei ani perioada după care soția avea dreptul să divorțeze pe motiv de impotență a bărbatului și a permis divorțul unilateral doar în situația în care cel care cerea divorțul se dedica vieții monahale (romaniștii presupun că elaborarea acestei legi ar fi durat între 533 și 536)⁴⁵. Partea care alegea viața monahală era considerată, din punct de vedere juridic, moartă și orice act întocmit de către aceasta pentru cauză de moarte își producea efectele. Dacă soțul era cel care divorța, femeia nu avea dreptul să se recăsătorească timp de un an (*tempus lugendi*), asemeni văduvei⁴⁶.

Anul 542 aduce modificări cu privire la motivele și pedepsele pentru divorț⁴⁷. Vom detalia în cele ce urmează aceste aspecte, în vederea unei înțelegeri mai aprofundate a rolului pe care l-a adus creștinismul în materia instituției juridice pe care o tratăm.

Conform constituției din acel an, unui soț i s-a permis să divorțeze de soția sa dacă aceasta aflase despre existența unui complot împotriva împăratului și nu își înștiințase soțul, dacă era condamnată de instanță ca adulterină, dacă aceasta încercase să își ucidă bărbatul sau nu i-a adus la cunoștință că alte persoane doresc să îl omoare, dacă soția rămânea afară din căminul conjugal fără consimțământul soțului și, în final, dacă femeia luase parte la spectacole publice fără să îl anunțe sau împotriva voinței lui. În asemenea circumstanțe soțul păstra și darurile de nuntă, și zestrea soției. Mai mult, dacă soția fusese condamnată pentru adulter, soțul păstra întreaga avere dacă existau copii din căsătorie și o parte egală cu o treime din dota femeii, în situația în care nu existau copii. Un bărbat care divorța de soția sa fără a dovedi un motiv întemeiat, îi returna acesteia zestrea și darurile de nuntă, iar în plus, era obligat să o recompenseze pe fosta soție cu o treime din valoarea acelor daruri. Ca o noutate, soția săracă repudiată *sine causa legibus agnita*, are drept la un sfert din averea soțului, în plină proprietate, fără ca ceea ce ia să poată depăși o sută de livre de aur⁴⁸.

De asemenea, dispozițiile aceluiași act statuată că o soție poate divorța, după cum urmează: dacă soțul ei a fost implicat într-un complot împotriva împăratului sau dacă acesta cunoștea că alții vor să comită o asemenea crimă și nu îi denunțase, dacă bărbatul a încercat să o ucidă sau nu a dorit să divulge că anumiți terți doresc asta, dacă soțul încercase să îi violeze castitatea, în sensul că o obligase să întrețină relații sexuale cu alt bărbat cu scopul de a o acuza de adulter, dacă o învinovățise de adulter dar nu și-a putut demonstra susținerea și, în cele din urmă, dacă bărbatul întreținea o altă femeie în căminul conjugal sau chiar în același oraș. În aceste cazuri fosta soție păstra darurile de nuntă, își recăpăta zestrea, iar dacă soțul nu îi dovedise adulterul, femeia dobânda toată averea bărbatului (dacă existau copii) și, în plus, o parte egală cu o treime din darurile primite la nuntă dacă foștii soți nu aveau copii. Întreținerea unei amante îl costa pe fostul soț, pe lângă dotă și darurile de nuntă, maxim o treime din valoarea respectivelor cadouri oferite cu ocazia nunții.

Privind din altă perspectivă, o soție care dorea să divorțeze de soțul ei fără un motiv temeinic era obligată să îi returneze acestuia darurile de nuntă, își pierdea zestrea și era trimisă la mănăstire pentru tot restul vieții. Când o astfel de femeie avea copii, două treimi din averea sa erau reținute pentru aceștia, iar cealaltă parte revenea mănăstirii la care era trimisă. Dacă nu rezultaseră copii din mariajul încheiat, două treimi din averea fostei soții se distribuiau mănăstirii, în timp ce restul bunurilor deținute de către aceasta erau transmise părinților femeii. Neavând nici copii și părinții ei fiind decedați, toate proprietățile celei în cauză urmau să intre în patrimoniul mănăstirii.

Divorțul prin consimțământ mutual a fost prohibit în același an, 542, cu excepția cazului în care unul dintre soți se retrăgea la mănăstire⁴⁹. Votul mănăstiresc avea, în orice caz, conform învățăturilor canoniștilor, un efect de soluție a căsniciei. Legislația iustiniană pleacă și ea de la această premisă. Soției părăsite nu îi mai rămânea altceva decât să intre ea însăși în mănăstire, fapt relatat des, căci se rușina de a fi fost părăsită sau pentru că astfel se putea bucura de siguranță materială⁵⁰.

În anul 548 Iustinian a modificat și pedeapsa pentru soțul care dorea să divorțeze de soția sa fără niciun motiv. Împăratul a stabilit că, asemeni femeilor, aceștia vor fi trimiși la mănăstire pentru întreaga viață.

Divorțul prin acordul ambilor soți pentru oricare alt motiv decât cele invocate mai sus ducea, începând cu anul 556, la închiderea celor doi în mănăstire. Soarta averilor era următoarea : dacă existau copii și trăiau părinții foștilor soți, averea era divizată între aceștia și mănăstiri, iar în lipsa descendenților sau a ascendenților, averea revenea în întregime mănăstirilor⁵¹. Unii autori consideră perioada lui Iustinian ca una a „creațiunilor utilitare”, la baza cărora nu se află acea preocupare constantă pe care o aveau jurisconșulții clasici de a-și situa inovațiunile în cadrul principiilor juridice pure⁵².

Așa cum am descris, marea operă a lui Iustinian reprezintă o culme de realizări pe care niciunul dintre împărații succesori nu a mai putut-o atinge. În timpul său, *Imperium Romanum*, și-a desfășurat pentru cea din urmă oară toate forțele și capacitățile politice, spirituale, culturale și legislative; toate acestea au fost, în ultimă instanță, reflecții exterioare și materializări ale ideii imperiale creștine⁵³. Nici domeniul succesiunilor nu a fost omis din evantaiul inovațiilor juridice iustinianee.

După ce prin Novela 22 din anul 535, Iustinian acordase soției care se căsătorise fără zestre și care fusese repudiată fără just temei, o pătrime din averea soțului, în anii următori împăratul va interveni și în cadrul moștenirii legale, dând o mână de ajutor soțului supraviețuitor sărac. Așadar, fundamentul acestui drept este căsătoria, la care se adaugă o serie de condiții pe care le vom comenta în cele ce urmează.

Întâi de toate, a abrogat *bonorum possessiones unde decem personae, unde patronus patronaque și unde agnati manumissori*⁵⁴. Dacă soțul supraviețuitor rămâne încă cel din urmă care poate dobândi succesiunea ca *bonorum possessor*, el se va găsi întotdeauna în rangul IV și într-o poziție mult mai bună. În Novelele sale, împăratul a mers și mai departe. Observând că poziția soțului supraviețuitor a trecut de la o extremă la alta prin statutul oferit de cele două forme de căsătorie (*cum manu și sine manu*), el a hotărât să ia atitudine cu privire la situația femeii sărace, care se căsătorise fără dotă și căreia soțul nu îi făcuse nicio donație ante-nupțială.

Pentru ca soțul rămas în viață să-l moștenească pe cel decedat, era obligatoriu să îndeplinească o condiție esențială, anume să fie sărac, iar defunctul bogat (*ut moriens locuples inveniatur superstes autem pauper existat*). În Novela 53 se recunoaște drept de moștenire soției care nu avusese zestre, care nu primise o donație *propter nuptias* și care în urma decesului bărbatului trăia *in extrema necessitate*. Aceeași idee o întâlnim în Novela 177, capitolul 5, anume *inopem mulierem*.

Până la Iustinian, soțului rămas în viață îi erau preferate rudele defunctului; iar dacă soțul supraviețuitor era nevoiaș, inechitatea ce se făcea prin înlăturarea lui era și mai mare. Prin Novela 53 Iustinian crează pătrimea soțului sărac⁵⁵. Astfel, împăratul a hotărât ca soția supraviețuitoare care nu a avut zestre și căreia nu i s-au făcut nici donații *propter nuptias*, să aibă dreptul de a primi o pătrime din averea soțului decedat, indiferent de numărul de copii pe care cei doi i-au avut (*habeant quartam partem in substantia viri ipse vir in substantia uxoris quando inops sit*). În situația în care, prin testament, *decius* i-a lăsat ca moștenire o parte din bunuri soției sale, dar această moștenire este mai mică decât o pătrime din patrimoniul defunctului, *masa deferită de către testator se mărea până la completarea cotei de ¼. Dreptul recunoscut prin această novelă era un drept în plină proprietate : quartam partem ejus substantiae accipere eam... quartam partem substantiae habere mulierem*.

Însă, pentru a beneficia de dispozițiile novej se cereau îndeplinite anumite condiții.

Pe primul loc se află condiția ca între cei doi să fi existat o căsătorie legitimă, altfel zis, soția să fi fost *in statu legitimaе conjugis*⁵⁶. Tot condiției de față i se adaugă faptul ca acest mariaj trebuie să fi durat până la moartea unuia dintre soți: *si perduraverint semper cum eis*. Cu privire la această a doua cerință există în literatura de specialitate două opinii : una prin care se susține că ar fi fost necesară o conviețuire continuă și neîntreruptă a soților⁵⁷ și o alta care se limitează la litera legii, fără a mai adăuga acesteia⁵⁸. Astfel, soția supraviețuitoare primea dreptul prevăzut *si semper apud eos maneant* (dacă au rămas mereu împreună); nu doar că cei doi soți nu s-au despărțit, ci au și conviețuit mai mult timp⁵⁹. În acest punct ridicăm întrebarea: ce s-ar fi întâmplat dacă unul dintre soți ar fi decedat la scurt timp după căsătorie? Negăsind a imputa nimic soțului rămas în viață, noi ne alăturăm celei din urmă păreri și considerăm că este suficient ca mariajul să nu se fi desfășurat prin divorț, chiar dacă, în fapt, bărbatul și femeia au locuit separat într-o anumită perioadă a căsniciei lor. Chiar dacă în textul legal apare cuvântul *semper*, Novela 117 ne răspunde și ce presupune această continuitate : *usque ad mortem*, adică până la moarte.

Mai mult, după cum susțin unele voci⁶⁰, presupunând că împăratul se bazase pe continuitatea principiului *affectus nuptialis/ affectio maritalis*⁶¹, este de la sine înțeles că acesta exista la întemeierea familiei, deci este încă un motiv în plus pentru a argumenta posibilitatea venirii la succesiune a unui soț rămas văduv la scurt timp după căsătorie. „Este posibil, în adevăr, că fundamentul dreptului de afecțiune, contribuție, ajutor, să se găsească și la o căsătorie de scurtă durată și soțul supraviețuitor să fie grav lovit dacă nu ar avea norocul să fi ajuns durată ce s-ar crede de lege”⁶². Bineînțeles că Iustinian, prin implementarea exclusivă a cogațiunii, și-a întemeiat legislația succesorală pe același sentiment de afecțiune și față de rudele de sânge ale defunctului. Așa cum conchide și Andrei Rădulescu, „prin recunoașterea acestui drept se lua ceva din drepturile celorlalți moștenitori, pentru motive de umanitate, de bunăvoință și nu se cădea să se reducă drepturile altora decât dacă soțul supraviețuitor merita această bunăvoință.”⁶³

O a doua condiție cerută de textul legal este ca soția supraviețuitoare să fie săracă, *inopia/ pauper*, să nu i se fi constituit dotă cu ocazia încheierii căsătoriei, adică femeia să aibă atributul de *indotatae* sau să nu fi primit *donatio ante nuptias*. Cu toate că acest fragment al novej a iscat și el discuții juridice⁶⁴, din punctul nostru de vedere considerăm că ideea călăuzitoare a lui Iustinian a fost cea de sărăcie, nu cea de cantitate a masei dotale. Ne întemeiem afirmația pe câteva argumente. În primul rând, în Digeste 48.2.10 se menționează că sărac era acela ale cărui venituri erau mai mici de 50 de *nomisma*⁶⁵. Legiuitorul recunoaște în mod formal că o avere proprie neînsemnată nu este o cauză de înlăturare a femeii de la succesiunea bărbatului⁶⁶ și în al doilea rând, Iustinian a promovat ideea egalității juridice a bărbatului și a femeii, după cum am precizat în lucrarea de față. Că, de cele mai multe ori lipsa zestrei trăda sărăcia soției, lucrul este neîndoelnic. Tocmai de aceea împăratul stabilește această prezumție, ca și criteriu de apreciere. De altfel și alte pasaje ale Novelei ne indică sărăcia ca temei al moștenirii, iar nu lipsa de dotă : *nam si aliunde forsan habeat, non offerentem dotem aut non dantem propter nuptias donationem non erit justum gravare filios per successionem*⁶⁷...*inops aut vir aut mulier inveniat...ille vero vel illa superstes pauper existat*.

Ultima cerință care se desprinde din cuprinsul textului de lege pe care îl analizăm este ca soțul rămas văduv să nu fi primit partea sa de moștenire (*quarta*) prin niciun act juridic *mortis causa*. Soția căreia bărbatul i-a lăsat prin legat o parte mai mică de un sfert din averea lui, are dreptul la moștenire : *si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir quarta parte, compleri hoc*.

După trecerea a cinci ani de la emiterea Novelei 53, Iustinian a considerat că legislația sa în arealul succesiunilor, dar nu numai, necesită anumite modificări. Așadar, în anul 543, prin Novela 117, împăratul remediază textele Novelelor 22 și 53, așa cum vom reda în cele ce urmează.

Preambulul Novelei 117 constă în rezumatul principalelor dispoziții ale celor două novele anterioare și a ceea ce urmează să se cerceteze, anume situația soției sărace în două ipoteze. Prima dintre ele este atunci când soțul o repudiază *sine causa* pe femeie, aceasta având drept la un sfert din averea soțului⁶⁸. A doua situație o reprezintă soția nevoiașă, căreia îi decedează soțul și care are drept, *similiter*, tot la un sfert din patrimoniul soțului, în deplină proprietate.

În această ultimă circumstanță întâlnim o noutate⁶⁹, anume că dreptul femeii rămase văduvă nu trebuia însă să fie mai mare de 100 livre de aur. Altfel spus, dacă averea lui *decius* este atât de mare încât *quarta* soției depășește 100 livre de aur, ea nu va primi mai mult decât această sumă.

Dacă sub regimul juridic anterior partea soției supraviețuitoare nu era limitată la numărul de copii, aici apare o distincție și după numărul, și după calitatea acestora. Considerăm echitabilă dispoziția împăratului, mai ales că el încearcă să cuprindă în ea și să atribuie fiecărui membru al familiei o cotă parte din patrimoniul defunctului: soț supraviețuitor, copiii naturali ai lui *decius*, copiii naturali ai soției și pe cei comuni celor doi soți. Restricționarea cotei femeii se face numai în favoarea acelor persoane pentru care se presupune că atât bărbatul, cât și soția rămasă în viață aveau cea mai mare afecțiune⁷⁰.

Ceea ce este comun ambelor novele care o au ca subiect pe soția supraviețuitoare este că nu i se impunea obligația de a nu se recăsători⁷¹.

Iustinian îmbunătățește și situația economică a mamei a cărei descendent precededase. Așadar, prevede în Cod VI.56.7 că femeia va primi ca moștenire partea unui copil, indiferent de sexul celorlalți rămași în viață. „Prin constituția noastră, publicată în Codul nostru, am socotit corect să venim în ajutorul mamei, ținând seama de slăbiciunea ei naturală și de primejdia ce o amenință când naște. Oare de ce să fie o femeie pedepsită dacă nu are numărul cerut de copii? Iată de ce am acordat mamei - indiferent dacă s-au născut libere sau dezrobite - un drept succesoral deplin, într-o clasă succesorală legală, chiar dacă nu ar fi avut niciun copil, în afara celui de a cărui succesiune este vorba. Constituțiile de odinioară au avantajat pe mamă numai parțial și parțial au dezavantajat-o, reducându-i partea ei succesorală la o treime, în favoarea unor rude agnatice. Noi însă am decis să luăm calea cea mai simplă de a o ajuta, punând-o înaintea tuturor celor care pretindeau moștenirea copiilor ei, fără nicio rețineră din patrimoniul succesoral; se exceptează însă frații și surorile care, dacă sunt rude prin agnațiune sau cogațiune cu persoana decedată (care este plasată de legislația noastră pe primul loc în succesiunea legală), sunt chemați la succesiune alături de mamă; dacă sunt numai surori, mama primește jumătate, iar surorile

împart între ele cealaltă jumătate; dacă persoanei decedate i-a supraviețuit un frate sau mai mulți, cu sau fără surori, succesiunea este împărțită pe capete între el sau ei și mama acestora. După cum am luat hotărâri pentru mame, trebuie să avem în vedere și interesele copiilor; mamele trebuie să știe că în cazul în care s-au depus diligențele necesare pentru a numi tutori pentru copiii lor sau pentru a înlocui un tutore care a fost îndepărtat sau care s-a scuzat, ele vor fi înlăturate în mod justificat de la moștenirea copiilor lor care mor înainte de pubertate.”⁷²

În Imperiul Bizantin, împăratul era teoretic deținătorul puterii. Totuși, un număr de împărătese au jucat un rol important în guvernare și chiar au preluat controlul Imperiului, în anumite circumstanțe⁷³. Principiul colegialității făcea ca, în anumite cazuri, împărătesele să fie privite drept asociate la conducere. Rolul soției imperiale este explicat și prin articulațiile axiologice operate în vremea lui Augustus. Statutul public al acestor femei și însemnele lui exterioare țin de argumentarea ideologică a puterii suveranului⁷⁴.

„Ai fost aleasă prin pronia dumnezeiască, spre sprijinul și înălțarea lumii; ai îmbrăcat haina de purpură din voia lui Dumnezeu. Domnul cel Atotputernic te-a binecuvântat și te-a încoronat cu însăși mâna Lui.”⁷⁵ Aceste cuvinte, rostite în cadrul ceremoniei de căsătorie a unui împărat cu o împărăteasă reflectă ideologia implicată în actul încoronării imperiale. Putem observa, din nou, cum creștinismul are o influență însemnată chiar și în cadrul numirii suveranilor Imperiului.

O împărăteasă interesată de politică, așa cum vom enunța mai jos despre Teodora, soția lui Iustinian, putea avea întrevederi cu miniștri, demnitari și ambasadori străini, fără a-și consulta soțul și putea purta o corespondență personală cu conducători politici ai altor țări⁷⁶. Titlul de *augusta* era folosit pentru a o desemna pe împărăteasa principală, încoronată de către soțul său și asociată la domnie cu un *basileus autokrator*⁷⁷, iar rolul principal al acestor împărătese era să prezideze ceremoniile la care participau soțiile demnitarilor de la curte.

Una dintre cele mai marcante personalități feminine bizantine care a fost asociată la tronul imperial, cunoscută chiar și nespécialiștilor, Teodora (527-548), soția lui Iustinian, este o adevărată *consors imperii* (părtașă a puterii). Este adevărat că relatările lui Procopius⁷⁸ despre activitățile ei de pe hipodrom⁷⁹ lasă în urmă cele mai celebre scandaluri ale familiilor regale din istoria actuală. Teodora fusese actriță, cu toate implicațiile ce țin de imoralitatea sexuală și distracțiile vulgare pe care le presupunea această ocupație⁸⁰. Scriitorul îi reproșează împăratului că nu și-a ales de soție, din toată împărăția romană, o fecioară frumoasă, de neam bun, crescută în intimitatea casei, cu simțul rușinii, ci pe Teodora, renumită în toată cetatea pentru viața ei ușoară.

În jurul anului 522 aceasta s-a aflat la Constantinopol unde l-a întâlnit pe Iustinian, care s-a îndrăgostit de ea. A fost necesar să se emită o lege specială pentru a-i permite unui bărbat cu rang senatorial să se căsătorească cu o astfel de femeie. În plus, la acel moment, Iustinian era, ca nepot al Împăratului Iustin I, un prezumtiv moștenitor al tronului imperial. Deoarece Iustin I nu avea moștenitori și își prevedea sfârșitul, în aprilie 527 el îl ridică pe tron și îl încoronează pe Iustinian în calitate de coimperator. În vârstă de 45 de ani, Iustinian se va afla la conducere pentru o perioadă de 38 de ani (527-565), impunându-și personalitatea prin mărinimie, prin programul constructiv în mai multe domenii, prin politica sa internă și externă.

Legea⁸¹ emisă pentru a-i permite lui Iustinian să se căsătorească cu Teodora avea ca scop declarat ajutorarea femeilor care prin slăbiciunea sexului lor (*imbecillitate sexus*) au căzut într-o viață nevrednică, să se întoarcă la o viațuire onorabilă. În introducere se afirmă explicit : „Noi (Iustin) credem că se cuvine, pe cât este cu putință firii noastre, să imităm bunătatea lui Dumnezeu și marea milă față de oameni a Celui care întotdeauna binevoiește să ierte păcatele de fiecare zi ale oamenilor, să primească pocăința noastră și să ne aducă la o stare mai bună. Și dacă întârziem să facem același lucru față de supușii noștri, nu suntem vrednici de iertare.”⁸² Legea le cerea actrițelor să se lepede de greșelile lor și să îi ceară împăratului privilegiul căsătoriei: cu alte cuvinte, ele puteau contracta o căsătorie legitimă cu bărbați de orice rang, întocmai ca și cum nu ar fi dus niciodată o viață imorală.⁸³ Mai mult, o fostă actriță care fusese ridicată la rangul de patriciană se putea căsători cu oricine, iar toate petele (*macula*) trecutului legate de scenă urmau să fie șterse. De asemenea, această lege considera ca legitimi copiii născuți după reabilitarea femeii.

În ciuda piedicilor puse de personalitățile de la curtea imperială, Teodora a triumfat împotriva tuturor obstacolelor posibile: a devenit împărăteasă⁸⁴, a realizat căsătorii avantajoase pentru cei din familia ei și a avut un cuvânt greu de spus în chestiunile de stat, datorită influenței de care se bucura asupra soțului său. Despre acest ultim aspect dorim să tratăm în actuala parte a lucrării, pentru a demonstra că prin nebulia și curajul de a-și asuma o căsnicie cu o femeie de moravuri ușoare, Iustinian a dăruit Imperiului Bizantin o împărătesă înțeleaptă, ageră, cu un spirit dominator și mereu atentă la greutățile supușilor săi, în special femeii. „Ea stăpânea unele calități esențiale care legitimează dorința de autoritate supremă: o energie mândră, o voință bărbătească, un curaj calm, o inteligență lucidă și puternică de om de stat, care s-a arătat la înălțimea împrejurărilor celor mai grele”⁸⁵.

S-a presupus adeseori că, drept urmare a trecutului său, Teodora trebuie să fi influențat legislația lui Iustinian cu privire la statutul femeilor. Ca regulă generală însă, nu trebuie să considerăm automat că legislația lui Iustinian menită să amelioreze situația femeilor a fost emisă sub influența Teodorei, ci aceasta trebuie privită în contextul reformelor sale legislative în ansamblu.

În Novela 8.1 (535), care interzicea cumpărarea de funcții publice de către demnitari, Iustinian însuși menționează că s-a consultat cu „prea evlavioasa soție dată nouă de Dumnezeu”, iar Novela cuprinde și un jurământ care urma să fie depus de guvernatori în fața ei și a lui Iustinian : „Jur pe Atotputernicul Dumnezeu, pe Singurul Său Fiu, Domnul nostru Iisus Hristos și pe Sfântul Duh... să fiu credincios Stăpânilor noștri împărătești, Iustinian și Teodora, soția sa...”. Teodora este prezentată ca fiind partenerul dominant (atunci când Iustinian nu se lasă convins de argumentele ei, ea reușește să-l ademenească, sugerându-i posibilitatea unui profit)⁸⁶. *Istoria secretă* a lui Procopius nu poate fi considerată drept o dovadă incontestabilă a asocierii lor la domnie, însă autorul se plânge în mod repetat de această situație de colegialitate : „niciunul dintre ei nu a făcut vreodată ceva fără celălalt, până la sfârșitul vieții lor împreună... împăratul se sfătua cu soția sa asupra lucrurilor în cumpănă și biruia ceea ce puneau ei la cale împreună”⁸⁷. Se pare că scopul acestui istoric a fost acela de a-l defăima pe Iustinian, așa cum punctează J. Bury în lucrarea sa *A History of the Later Roman Empire, from Arcadius to Irene*⁸⁸. Ceea ce relatează Procopius despre viața de scenă a Teodorei se prea poate să fie o proiecție nedreaptă a unor

fenomene generale asupra unei singure reprezentante a acestei meserii. Povestirile sale picante sunt, înainte de toate, parte a polemicii sale cu familia împăratului. Chiar și atunci când se contrazice, fapt ce se întâmplă des, este rezultat al urii⁸⁹.

Trecând peste aceste picanterii de viață personală, legislația lui Iustinian demonstrează că acesta a luat „hotărârea de a îmbunătăți situația femeilor și drepturile lor în căsnicie”⁹⁰. Știm din cele înfățișate anterior că în anii 530 împăratul a aplicat un program de reforme legislative care priveau cu precădere căsătoria și familia. În mai multe rânduri el insistă asupra egalității sexelor, declarând : „în slujba lui Dumnezeu nu mai este bărbat și femeie, nici sclav sau om liber”⁹¹. Iarși, prin Novela 43 susține că „supușii noștri reprezintă grija noastră constantă, chiar dacă aceștia sunt vii sau morți”. Din prisma creștinismului, istoricii sunt de părere că lumea romană repune recuperatorii în valoare potențialul feminin⁹².

Astfel, în Codul său, Iustinian a decretat că valabilitatea căsătoriei dintre un cetățean liber și o femeie eliberată rămânea intactă, chiar și în cazul în care soțul devenea senator⁹³. Un decret care introducea o reformă similară, anume Novela 117⁹⁴ (542), anul restricțiile impuse prin C.Th. IV.6.3 (Constantin, anul 336) și le permitea senatorilor să încheie căsătorii cu fiicele hangițelor sau patroanelor de bordeluri. Dacă faimoasa lege referitoare la căsătorie le permitea senatorilor să se căsătorească cu foste actrițe, în legislația lui Iustinian teatrul era privit ca reprobabil : Novela 51 (537) le permite actrițelor să renunțe la profesia lor și impune amenzi celor care ar încerca să le rețină prin legăminte sau prin alte angajamente⁹⁵, în timp ce, cu trei ani mai devreme, legislația stipulează că nicio femeie, fie ea liberă sau sclavă, nu putea fi obligată să apară pe scenă, iar o femeie liberă care fusese actriță avea dreptul de a se căsători cu un bărbat de orice rang, fără a fi nevoită să adreseze nicio cerere împăratului în acest sens⁹⁶.

În ceea ce privește infracțiunile de natură sexuală, Împăratul Iustinian, nu le-a ocolit nici pe acestea. Marcată de un trecut în care fusese de cele mai multe ori abuzată, Teodora și-a înrăurit influența și în această latură legislativă. Prin urmare, în anul 528, se emit prevederi⁹⁷ care acoperă situațiile de viol, răpire sau seducere a oricărei femei, iar în cazul unui *raptus* se impune pedeapsa cu moartea, chiar și pentru răpirea unei slave (deși până atunci nu existase acuzația de *stuprum* pentru femeile care făceau parte din categoria celor care serveau la hanuri sau din categorii inferioare acesteia). Evagrie⁹⁸, care de obicei îl critica pe Iustinian, accentuează cât de sever erau tratați bărbații acuzați de viol. *Istoria bisericească* a acestui scriitor cuprinde șase cărți și relatează evenimentele dintre anii 431-593. Evagrie subliniază în special problemele religioase și este recunoscut pentru simțul său critic.

Grija de a ține sub control prostituția în capitală este demonstrată de Novela 14.1 (535) care îi condamnă pe proxeneți la pedeapsa corporală și la exil și declara explicit că scopul lui Iustinian este să curețe orașul de aceste persoane. Legea se pronunță împotriva acelor care le obligau pe fete, fără voința acestora, să ducă o viață de necurăție. Se pare că fete de zece ani sau chiar mai tinere erau obligate să se prostitueze, după ce fuseseră ademenite de lângă părinți cu promisiunea de a primi îmbrăcăminte sau hrană⁹⁹. Prostituția era o realitate la Constantinopol și, cum până atunci mai mulți împărați încercaseră să o controleze prin lege¹⁰⁰, nu trebuie să presupunem că Teodora îl îndemnase pe Iustinian să emită legislația respectivă. În orice caz, împărăteasa, care cunoștea din experiență suferințele prin care puteau trece femeile din clasele sociale inferioare, se interesa personal de aceste chestiuni. După cum arată

Malalas¹⁰¹, încă din anul 528 Teodora s-a implicat în acțiunile îndreptate împotriva proxeneților și a proprietarilor de bordeluri care, pretextând că angajează fete tinere cu un contract, le transformau în prostituate publice. Ea a poruncit ca toți acești proprietari de bordeluri să fie arestați și scoși în afara legii, iar fetele au primit la eliberare câte un rând de haine și câte o *nomisma* fiecare.

Există și alte dovezi că Teodora se interesa de situația femeilor căzute în nenorocire. Procopius ne spune în *Istoria* sa despre o anume Praeicta, nepoata împăratului, care era îndrăgostită de armeanul Artabanes, căsătorit în acel moment. Împărăteasa a ajutat-o pe soția acestui bărbat, împiedicând divorțul celor doi, mai ales că și Praeicta era pe atunci într-un mariaj cu Ioan, rudă a fostului împărat Anastasie; Artabanes a putut divorța doar după moartea Teodorei. Un alt incident este relatat de Malalas, care spune că în anul 528, Eulalios, un *comes domesticorum*¹⁰² căzut în mizerie, a cerut prin testament ca fiicele sale să rămână în grija împăratului, fără a avea însă suficientă avere pentru a asigura îndeplinirea dispozițiilor sale testamentare. Iustinian i-a ordonat curatorului Makedonios să plătească toate datoriile către creditori, iar cele trei fiice au fost duse în apartamentele imperiale ale Augustei Teodora și date în grija acesteia¹⁰³. De asemenea, Novela 134.9 (559) stipulează că femeile nu pot fi trimise la închisoare pentru datorii. Dacă o femeie era pusă sub o acuzație gravă, ea trebuia fie trimisă la o mănăstire, fie pusă sub supravegherea unor femei de încredere, pentru propria sa protecție.

Legislația lui Iustinian cuprinde și prevederi de natură patrimonială. Iustinian, în anul 530, ne confirmă că principiul inalienabilității bunurilor ce compun masa dotală este încă în vigoare. Astfel, în perioada domniei lui, această prevedere legală instituită de către Augustus includea toate imobilele constituite ca dotă. Mai mult, nici cu acordul femeii, bunurile respective nu puteau fi vândute. Asupra deciziei din 530, Iustinian intervine în anul 537, când va autoriza vânzarea terenurilor și a clădirilor, cu condiția acordului femeii, care trebuia reînnoit o dată la doi ani¹⁰⁴. Bineînțeles că soțul rămâne responsabil de felul în care gestionează bunurile dotale. El este ținut să se comporte ca în propriile sale afaceri (*diligentia quam suis*), dând garanții femeii asupra comportamentului său. Dacă soțul nu administrează în mod conform masa dotală sau dacă el devine insolubil, femeia poate să ceară restituirea anticipată a dotei sau punerea ei sub sechestr¹⁰⁵.

Împăratul nu s-a oprit aici cu inovațiile legislative privind statutul juridic al zestrei femeii. Astfel, împăratul unește cele două regimuri dotale de sorginte clasică, transformându-le în acțiunea de bună-credință *ex stipulatu* pe care o va numi *actio de dote*, tocmai în ideea de a nu fi confundată cu celelalte *actiones ex stipulatu*¹⁰⁶. Totodată, introduce obligativitatea de restituire a dotei chiar în caz de predeces al femeii, descendenții ei fiind cei care o vor culege ca moștenire. În situația în care femeia decedată nu are copii, dota va fi restituită celui care a constituit-o, chiar dacă acesta din urmă este un terț. Pe de altă parte, soția va putea să cumuleze, în caz de deces al soțului, dota și bunurile lăsate ca legat de către el; se desființa, așadar, acel *edictum de alterutro*. În ceea ce privește termenul de restituire, acesta va deveni de un an pentru bunurile mobile, în timp ce imobilele trebuiau restituite imediat.

Iustinian a acționat și asupra garanției de restituire a dotei. În consecință, femeia dispunea de o acțiune personală pentru realizarea creanței dotale. Se pare că această creanță a fost asociată unei ipoteci legale tacite (*tacita hypotheca*), care se instituie în ziua căsătoriei. În

anul 531 împăratul a mers și mai departe, acordând femeii ortodoxe¹⁰⁷ un drept de ipotecă privilegiată în raport cu toate celelalte ipoteci constituite de către soț, chiar înaintea căsătoriei¹⁰⁸, privilegiu care greva toate bunurile bărbatului, dar mai ales pe cele dotale care deveniseră proprietatea sa. Se pare că femeia nu putea renunța la ipotecă decât atunci când greva bunurile personale ale bărbatului sau mobilele ce făceau parte din zestre¹⁰⁹. Acest privilegiu exorbitant în favoarea femeii, introdus prin *Lex Assiduus*, i-a atras lui Iustinian epitetul de *uxorius* (sclav al femeii sale)¹¹⁰.

De importanță deosebită este C. VIII.17.12 (anul 531) care dă drept femeilor de a cere restituirea zestrei: „(legea de până atunci) nu ținea seama de slăbiciunea femeii și nici de faptul că soțul se bucură de trupul ei, de vloga ei și de viața ei întregă... și cine nu le compătimizește pentru slujirea soțului, pentru primejdiile nașterii și pentru aducerea la viață a copiilor?”¹¹¹. În Novela 22.3 (535) se afirmă că afecțiunea reciprocă este baza căsătoriei, iar zestrea nu este deloc necesară, urmând ca în Novela 22.18 să se interzică repudierea femeii care s-a căsătorit fără zestre, pentru acest motiv. Înainte ca soțul să poată achita o datorie din zestrea soției, soția trebuia să îi dea consimțământul de două ori: aceasta deoarece prima dată putea fi convinsă, în dauna ei, de mângâierile interesate ale soțului, iar mai târziu se putea răzgândi și putea regreta acest consimțământ¹¹². Din nou întâlnim în aceste dispoziții legale o asemănare între Teodora, care intrase în mariajul cu Iustinian fără a avea avere și cele în favoarea cărora fuseseră emise legile.

Fără a presupune că Teodora ar fi influențat neapărat legislația lui Iustinian cu privire la femei, considerăm că ea a fost interesată să înlăture unele dintre dezavantajele femeilor din clasele de jos, iar în această privință trecutul împărătesei pare să fi jucat un rol în schimbarea condițiilor sociale. Ca orice soție a unui șef de stat, oficial, Teodora nu avea putere proprie, dar influența de care se bucura a ajutat-o să își ducă la bun sfârșit ideile inovatoare privitoare la femei. Cu toate acestea, curajul de care împărăteasa a dat dovadă în timpul războaielor Nika din anul 532, a salvat nu doar viața lui Iustinian, ci și soarta Imperiului însuși¹¹³. Aceasta i-a rămas întotdeauna credincioasă soțului, l-a cinstit prin purtarea ei și l-a ocrotit prin sfaturile sale. „Ei erau conștienți cât de minunat se completau unul pe altul și cum puteau acționa, după voință și ocazie, cu bunăvoință și cu asprime... Cu cât își juca fiecare mai bine rolul, cu atât țineau mai strâns în mâini puterea”¹¹⁴.

În timp ce avem o certitudine cu referire la dispozițiile legale în materie de divorț, nu știm însă cu exactitate care era situația *de facto* în lumea romană. Câte femei au reușit să pună capăt, prin divorț, unei căsnicii nereușite? De câte ori s-au întâlnit cazuri în care bărbații consimțeau divorțului cerut de către soția lor? În realitate, orice investigație în viața romanilor presupune interpretări individuale și multe speculații. Mai mult, ținând seama de faptul că toate sursele istorice și juridice au fost scrise de către bărbați, niciodată nu vom avea certitudinea asupra poziției femeii cu referință la problematici care implică atât sfera juridică, dar și cea personală, cum este divorțul. Totuși, într-o lume cum era cea romano-bizantină, expusă pericolelor și vicisitudinilor, dar dornică de aer și de spațiu, femeia participa la viața socială, dându-i mișcare și elasticitate prin contactul pe care îl avea cu realitățile, care nu puteau fi văzute și cunoscute și încă mai mult, nu puteau fi folosite, dacă femeia romană s-ar fi găsit în situația celor din gineceele orientalo-bizantine.

Discursul de față, prin încercarea de a construi un demers istorico-juridic, dorește de asemenea să contureze binomul privat-public în ceea ce privește rolul femeii în societatea secolului VI. Spațiul public, aparținând mai degrabă bărbaților, nu e de mirare că ne oferă încadrarea sexului frumos în clișee precise. Dincolo de toate scrierile rămase ca și surse ale cercetărilor noastre, amintim alături de Georgeta Fodor că „există...în orice societate, două reprezentări feminine diferite...: pe de o parte, profilul teoretic reflectat prin textele formale - coduri de legi, decrete, acte - iar, pe de altă parte avem portretul femeii reale, astfel cum s-a manifestat ea atât în spațiul public, cât și în cel privat.”¹¹⁵

Deși romanii nu au fost interesați să scrie despre femei, ei lăudau la sexul frumos modestia, castitatea, fidelitatea. Observăm astfel cum statutul social al romanelor era dat de poziția lor ca fiice, soții sau mame. Ne este adus la cunoștință prin numeroase versuri tipul femeii ideale care se înscrie în criteriul moral al romanilor, cea *aurea mediocritas*.

Caracterizând activitatea lui Iustinian, putem concludiona că întreaga sa operă legislativă a avut ca suport convingerile lui religioase; totodată, arătându-se preocupat de situația juridică a femeii, unii romaniști l-au supranumit „împăratul *uxorius*”¹¹⁶; mai mult, el a privit întreaga sa domnie ca pe o datorie față de Dumnezeu. Împăratul avea studii teologice și s-a asigurat că întregul său corp de legi are un pronunțat caracter ortodox. „Faptul că textele canonice se regăsesc și în Cod, inclusiv în ceea ce privește problematica divorțului, duce la concluzia că între canoane și prevederile legale nu exista nicio contradicție.”¹¹⁷ Cu toate concordanțele care ar exista între canoane și textul de lege, este de apreciat că, în înțelepciunea sa, Iustinian a reușit să îmbrace în haină juridică învățăturile Bisericii și să ridice instituția căsătoriei la cea mai înaltă treaptă morală, făcând din ea taină, adică *sacramentum*. „...Imperiul lui Iustinian avea să se destrame mai târziu... Doar două înfăptuiri ale lui, întemeiate, una pe ideea religioasă - Sfânta Sofia - iar cealaltă pe ideea dreptății - *Corpus Iuris* - au biruit veacurile și au rămas să pledeze etern posterității cauza marelui împărat.”¹¹⁸ Cu aceeași concluzie vine și Edward Gibbon care spune că cea mai importantă moștenire a erei lui Iustinian, dar și a împăratului însuși o reprezintă cea lăsată posterității în domeniul juridic¹¹⁹.

Dacă vom avea în vedere condițiile specifice ale vremii aceleia, vrajba, ereziile, schismele și lipsa de organizare a Statului datorate fanatismului partidelor opuse, vom deduce că atitudinea lui Iustinian a fost spre folosul atât al Imperiului, cât și al Bisericii. Totodată, luând în considerare că împăratul s-a dovedid aspru nu doar cu necreștinii și cu ereticii, ci și cu preoția ortodoxă care își împlinea datoria în mod necuviincios, atunci putem cu siguranță afirma că religiozitatea lui era firească și sinceră.

* Doctorand, facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; pophristina@yahoo.com.

¹ E.g. : Asterios Gerostergios, *Iustinian cel Mare, Sfânt și Împărat*, 2004; Ch. Diehl, *Bizanțul. Mărire și decădere*, 1940, *Justinien et la civilization byzantine au VI-e siecle*, 1901, *Împărtaul Justinian*, 1992; Caroline Humfress, *Law and legal practice in the age of Justinian*, 2005; W. Schubart, *Justinian und Theodora*, 1943; Steven Runciman, *La civilisation byzantine*, 1959; Edward Gibbon, *The decline and Fall of the Roman Empire*, 1899; Nicolae Iorga, *Sinteza bizantină*, 1972; Emanoil Băbuș, *Bizanțul-istorie și spiritualitate*, 2010; Valentin Al. Georgescu, *Le XIVe centenaire de la mort de Justinien Ier*, 1967; Vasile Mărculeț, *Justinianus I- Caesar roman și suveran creștin*, 2007.

- ² Asterios Gerostergios, *Iustinian cel Mare, Sfânt și Împărat*, trad. din engleză de Ovidiu Ioan, Ed. Sophia, București, p. 4.
- ³ Vasile Mărculeț, *Justinianus I- Caesar roman și suveran creștin*, Ed. Samuel, Mediaș, 2007, p. 6.
- ⁴ Ch. Diehl, *Bizanțul. Mărire și decădere*, București, p. 34-35 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*
- ⁵ Ch. Diehl, *Împăratul Justinian*, București, 1992, p. 181 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 10-11.
- ⁶ Valentin Al. Georgescu, *Le XIVe centenaire de la mort de Justinien Ier*, în RESEE, V, 1967, p. 3-4 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 12.
- ⁷ *Idem*, p. 16.
- ⁸ S.B. Dașkov, *Dicționar de împărați bizantini*, București, 1999, p. 90 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 14.
- ⁹ Un exemplu concret în a demonstra această trăsătură de caracter a lui Iustinian îl reprezintă modalitatea de soluționare a unei spețe succesoriale. De exemplu, o femeie pe nume Gregoria i s-a adresat împăratului făcând apel la soluția dată în primă instanță de către magistrat cu privire la stabilirea moștenirii ei în raport cu cea a fiicei sale. Fiica solicitase și obținuse înaintea primei instanțe întreaga avere a tatălui său decedat. În susținerea sa a adus textul a două constituții dintr-o epocă legislativă anterioară lui Iustinian. Odată chemată în fața împăratului, mama a invocat cruzimea și in justiția făcută prin aplicarea textelor vechi de lege; totodată a invocat imposibilitatea luării lor în considerare într-o domnie atât de blândă ca cea a împăratului și că ele trebuiau subordonate noilor dispoziții legale. Ca replică, fiica a argumentat lipsa elementelor noi în acest domeniu legislativ, chiar dacă mama ei interpreta textul juridic în alt mod. Fiind pus în această situație, Iustinian a hotărât promulgarea unei noi constituții, astfel încât câștig de cauză să obțină mama, care probabil l-a influențat pe împărat când a făcut apel la modul blând în care acesta conducea imperiul.
- ¹⁰ A. Knecht, *Die Religions-politik Kaiser Iustinians I*, Wurzburg, 1986, p. 8 *apud* Asterios Gerostergios, *op. cit.*, p. 18.
- ¹¹ Novela 30 : Noi avem sperața că Dumnezeu ne va îngădui să adăugăm stăpânirii noastre și celelalte țări pe care le-au pierdut, prin nepăsarea lor, romanii.
- ¹² Nicolae Iorga, *Formes byzantines et realites balcaniques*, Bucarest-Paris, 1922 *apud* George Fotino, *Pagini din istoria dreptului românesc*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 73.
- ¹³ Ch. Diehl, *op. cit.*, p. 12 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 15.
- ¹⁴ Cod I.14.12.
- ¹⁵ Nov. 154,18 72,137.
- ¹⁶ A se vedea textele Novelelor.
- ¹⁷ Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 21.
- ¹⁸ *Idem*, p. 34.
- ¹⁹ Nov. 18,72,137.
- ²⁰ Cu aproape 100 de ani înainte, la data de 26 martie 429, împăratul Theodosiu II și-a anunțat demararea proiectului de elaborare a unui cod de legi în aceeași încăpere a Senatului ca și Iustinian.
- ²¹ P. Stain, *Roman Law in European History*, New York, 1999, p. 2 *apud* Caroline Humfress, *Law and legal practice in the age of Justinian*, The Cambridge Companion to the Age of Justinian, p. 162.
- ²² Caroline Humfress, *op.cit.*, p. 161.
- ²³ C. IV.
- ²⁴ Modelul bizantin al separării stat-Biserică a implicat faptul că fiecare instituție a avut responsabilități specifice față de sfera publică. Potrivit principiului simfoniei, Biserica a fost însărcinată cu mântuirea spirituală a comunității, iar Statul a fost încredințat cu bunăstarea ei materială , inclusiv politica

internă și apărarea externă. Drept rezultat, în vreme ce Biserica nu a luat niciodată o decizie cuprivire la război, teologii l-au abordat dintr-o perspectivă consultativă.

²⁵ Nov. 6.

²⁶ Prin urmare, nu putem vorbi despre un cezaro-papism al lui Iustinian, deoarece el nu a dat legi pentru Biserică, ci a ridicat canoanele deja existente la statutul de legi civile.

²⁷ C. I.2.12.

²⁸ Alexander Schmemmann, *Le chemin historique de l'Orthodoxie*, YMCA, Paris, 1995, p. 176 *apud* Emanoil Băbuș, *Bizanțul-istorie și spiritualitate*, Ed. Sophia, București, 2010, p. 228.

²⁹ Asterios Gerostergios, *op. cit.*, p. 21.

³⁰ C. I.3.44.

³¹ Nov. 137.

³² P. de Meester, *Les origines et le développement du texte grec de la liturgie de Saint Jean Chrysostome*, Rome, 1909, p.340 *apud* Emanoil Băbuș, *op.cit.*, p. 223.

³³ Beck Hans-Georg, *Erotikon Bizantin*, Ed. Nemira, București, 2013, p. 20.

³⁴ Ch. Diehl, *Figuri bizantine*, vol. I, București, 1969, p. 58 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 44.

³⁵ *Idem*, p. 45.

³⁶ Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 41.

³⁷ Agathias, *The Histories*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975, p. 149.

<http://www.scribd.com/doc/233661819/Agathias-The-Histories#scribd>

³⁸ C. V.4.26.2.

³⁹ Bob Mircea Dan, *Obligația contractuală în dreptul roman cu trimeri comparative la Codul civil*, București, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 22.

⁴⁰ George Fotino, *op. cit.*, p. 152.

⁴¹ Care a fost interzis tot de către el prin Novela 117, cu excepția situației în care soții doreau să-și dedice viața lui Dumnezeu. În anul 556 a fost reintrodus de către Iustin.

⁴² Conform Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, ed. a V-a, revizuită și adăugită, Universul Juridic, București, 2013, p. 142, aceste forme de divorț erau declarate ilicite. Cu toate acestea, căsătoria rămâne desființată.

⁴³ C. VI.58.14.5 (anul 531) și Nov. 127.4 (anul 548).

⁴⁴ C. V.17.10-11.

⁴⁵ Nov. 22.5-6.

⁴⁶ P.L. Reynolds *Marriage in the Western Church: the Christianization of marriage during the patristic and early medieval periods*, Leiden, New York, Brill, 1994, p. 54.

⁴⁷ Nov. 117.8, 9, 12-14.

⁴⁸ Nov. 117.5. În același fel se va proceda și în cazul soției supraviețuitoare (vezi Nov. 53.6), ceea ce ne duce cu gândul la ideea de echitate, în sensul de a se pune soția repudiată pe picior de egalitate cu văduva.

⁴⁹ Nov. 117.10.

⁵⁰ Beck Hans-Georg, *op. cit.*, p. 58.

⁵¹ Nov. 134.11.

⁵² George Dumitriu, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor la romani*, București, 1931, p. 6.

⁵³ Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 24. În privința dreptului de moștenire legea stabiliea că proprietatea unui eterodox care nu avea moștenitori ortodocși să se dea statului (C. I.5.15). Părinților eterodocși le era interzis să se poarte cu violență față de copiii lor și nu aveau dreptul să-i dezmoștenească din pricina îmbrățișării de către ei a Ortodoxiei (C. I.5.12). Pe de altă parte, părinții ortodocși trebuiau să aibă

grijă ca pruncii lor să crească potrivit credinței ortodoxe și aveau dreptul să-i lipsească de moștenirea cuvenită dacă aceștia părăseau Ortodoxia (Nov. 65).

⁵⁴ C. VI.4.

⁵⁵ Andrei Rădulescu, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, Ed. Cultura Națională, București, 1925, p. 56

⁵⁶ Nov. 53.6.

⁵⁷ H. Dernburg, *Pandekten*, III Band, Berlin, 1897, p. 280 și B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandetenrechts*, III Band, Frankfurt am Main, 1906, p. 360 *apud* George Dumitru, *op. cit.*, p.55.

⁵⁸ George Dumitru, *op. cit.*

⁵⁹ În Codul Caragea această perioadă se ridică la cel puțin 10 ani.

⁶⁰ Ph. A. Merlin, *Repertoire universel et raisonne de jurisprudence*, 5-e ed., XIII, Paris, 1828, p. 695 *apud* George Dumitru, *op. cit.*, p.56.

⁶¹ Și în alte materii întâlnim această expresie : *affectus furandi* (pentru a desemna elementul intențional în cazul furtului) sau *affectus societatis* (se referă la intenția comună de a înființa o persoană juridică).

⁶² Andrei Rădulescu, *op.cit.*, p. 79.

⁶³ *Idem*, p. 86.

⁶⁴ J. Cujas, *Recitationes solemnes ad lib. VI Codicis, Unde vir et uxor*, ed. Fabrot, col. 630, 1781 și R. J. Pothier, *Pandecte de Justinien*, Paris, 1822, p. 480 *apud* George Dumitru, *op. cit.*, p.60.

⁶⁵ Monedă de aur, în lat. *solidus*; de obicei se referă la moneda din perioada romană târzie, a 72-a parte dintr-o livră romană de aur, echivalentă cu 12 *miliaresia* (monede de argint) sau 288 *folles* (monede de aramă).

⁶⁶ *Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi rapositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam.*

⁶⁷ Bineînțeles că deținerea de către soția supraviețuitoare a altei averi importante o exclude de la moștenirea defunctului.

⁶⁸ Aici amintim că textul acestei novele nu dă drept la divorț femeii abuzate; bărbatul însă are dreptul de a se despărți dacă femeia a mâncat fără știința lui în compania altui bărbat, dacă se duce la teatru sau la baia publică. A se vedea și Beck Hans-Georg, *op. cit.*, p. 50.

⁶⁹ Lăsând momentan deoparte chestiunea desființării dreptului bărbatului supraviețuitor, Iustinian nu a modificat condițiile necesare acordării dreptului soției rămase în viață.

⁷⁰ Concurând cu alte rude decât copiii, văduva va lua *quarta* în plină proprietate, cu limita impusă a celor 100 de livre.

⁷¹ Doar prin textul Novelei 127 și numai în cazul donațiilor *propter nuptias* s-a prevăzut că femeia care nu se va recăsători să aibă drept de proprietate asupra unei părți cât a unui copil din aceste donații. Această regulă se aplica și bărbatului și altor descendenți.

⁷² Instituții III. 3.

⁷³ A se vedea viețile împărăteselor Sofia (soția lui Iustin II), Irina Ducas, Teodora ultima Macedoneană, Zoe Porfirogeneta e.t.c.

⁷⁴ Th. Spath, *Les femmes ont-elles gouverne Rome?*, Histoire, 183/1994, p.30-34 *apud* Florica Mihut Bohilțea, *Condiția feminină la Roma în secolul I a. Chr.*, Ed. Universității din București, București, 2010, p. 18.

⁷⁵ Constantine Porphyrogenetos, *De Ceremoniis Aulae Byzantinae*, ed. J.J.Reiske, 2 vol, CSHB, Bonn, 1892, 1. 39, *apud* Lynda Garland, *Împărătesele Bizanțului*, Ed. Nemira, București, 2014, trad. din limba engleză de Maria Yvonne Băncilă și Damian Alexandru Anfile, p. 19.

⁷⁶ Lynda Garland, *op. cit.*, p. 20.

- ⁷⁷ Traducerea oficială în limba greacă a termenului latin *imperator*.
- ⁷⁸ Procopius din Cesarea, *Istoria secretă*, Ed. Gramar, 2006, București.
- ⁷⁹ Incintă amenajată pentru cursele de care și amuzamentul populației. În Constantinopol hipodromul se afla alături de Marele Palat imperial, iar împăratul avea propria lojă, în care intra direct în palat.
- ⁸⁰ Deși Mihail Sirianul, un cronicar monofizit din sec. al XII-lea afirmă cu toată seriozitatea că Teodora era fiica unui preot și a dus o viață de evlavie și de castitate până la căsătoria sa cu împăratul.
- ⁸¹ C. V.4.23.
- ⁸² *Ibidem*.
- ⁸³ C. V.4.23 : *neque differentiam aliquam eas habere cum his, quae nihil simile peccaverunt*.
- ⁸⁴ Teodora a insistat ca aceeași cinstire să i se arate și ei, să fie numită cu apelativul *despina* (stăpână), ba chiar să primească ambasadori ai altor țări, ca și cum ea ar fi fost stăpâna Imperiului.
- ⁸⁵ Ch. Diehl, *op. cit.*, p. 228.
- ⁸⁶ Procopius de Cesarea, *op. cit.*, 13.19, 15.10.
- ⁸⁷ *Idem*, 10.13, 14.7.
- ⁸⁸ Asterios Gerostergios, *op. cit.*, p. 7.
- ⁸⁹ Beck Hans-Georg, *op.cit.*, p. 84, 123.
- ⁹⁰ Lynda Garland, *op.cit.*, p. 38.
- ⁹¹ Nov. 5.2.
- ⁹² Monique Alexandre, *De l'annonce du royaume a l'eglise*, în *Histoire de Femmes*, vol. I, p. 439-471 *apud* Florica Mihaș Bohilțea, *op. cit.*, p. 20.
- ⁹³ C. V.4.28.
- ⁹⁴ Tot prin această Novelă împăratul dispune ca soțiile militarilor să fie întreținute de stat pe durata absenței soților, chiar dacă nu au știri de la ei; dacă o femeie află că soțul i-a murit și se gândește la o altă căsătorie, porunca imperială era să fie pedepsiți pentru adulter atât ea, cât și cel ce dorise să o ia de soție.
- ⁹⁵ Conform C. V.4.29, dacă totuși doreau să revină pe scenă după căsătorie, drepturile le erau anulate.
- ⁹⁶ C. V.4.33.
- ⁹⁷ C. IX.13.
- ⁹⁸ Evagrie Scolasticul este un istoric sirian creștin de limbă greacă, născut pe la anul 536 la Epifania (în Siria de azi) și mort puțin după anul 594. Împreună cu Eusebiu de Cezareea, Sozomen, Teodoret din Cir și Socrate Scolasticul, Evagrie Scolasticul este unul din principalii istorici bisericești ai Antichității târzii.
- ⁹⁹ Lynda Garland, *op.cit.*, p. 39.
- ¹⁰⁰ Precum Împăratul Leon I, care în anul 460 a încercat să scoată prostituția complet în afara legii.
- ¹⁰¹ John Malalas, *Cronografia*, Ed. L. Dindorf, CSHB, Bonn, 1831, p.440-441 *apud* Lynda Garland, *op.cit.*, p. 41. În această operă, scriitorul include evenimentele de la facerea lumii până în anul 550, având un caracter de popularizare. Este scrisă în așa fel încât să stârnească interesul publicului căruia îi este adresată. Adesea, autorul prezintă fapte istorice alături de fenomene naturale, cum ar fi cutremurele, inundațiile și de diferite legende.
- ¹⁰² Comandat al unui corp militar atașat Curții imperiale.
- ¹⁰³ John Malalas, *op. cit.*, p. 439-440.
- ¹⁰⁴ Jean Gaudemet *Droit prive romain*, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p. 205.
- ¹⁰⁵ C. V.12.29, John Murray, *A dictionary of Greek and Roman Antiquities*, London, 1875; http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Dos.html.
- ¹⁰⁶ C. V.13.1, S.G. Longinescu, *Elemente de drept roman, vol. II*, Tipografia Soc. Anonime *Curierul Judiciar*, București, 1929, p. 633.

- ¹⁰⁷ S.G. Longinescu, *op.cit.*, p. 638.
- ¹⁰⁸ Jean Gaudemet, *op.cit.*, p. 206.
- ¹⁰⁹ Nicolae Basilescu, *Dota în dreptul roman și român*, Teză pentru licență, Facultatea de Drept București, Tipografia Curierului român, 1881, p. 12.
- ¹¹⁰ Paul Vasilescu, *Regimuri matrimoniale*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, 2009, p. 125.
- ¹¹¹ *Nec ad fragilitatem muliebrem respicientes nec quod et corpore et substantia et omni vita sua marito fungitur.*
- ¹¹² Nov. 61.1.2 (an 537).
- ¹¹³ Viața societății romano-bizantine era dominată, social și politic, de patru facțiuni : albaștrii, verzii, albi și roșii; cele mai influente în perioada lui Iustinian au fost primele două. Fiscalitatea excesivă, abuzurile înalților demnitari imperiali, politica de sprijinire a albaștrilor, refuzul dialogului cu nemulțumiții (verzii) au fost cauzele multiple care au stat la baza izbucnirii răscoalei Nika. Opoziția față de regimul lui Iustinian a dus la unirea celor două facțiuni care și la agravarea rapidă a situației. Procopius în *Istoria secretă* 1.24 amintește cuvintele Teodorei adresate lui Iustinian în plin consiliu : „Este imposibil omului, odată venit pe lume, să ocolească moartea, dar a fugi, când ești împărat, este de neîngăduit. Dacă luminăția-ta vrea să fugă, bine: ai aur, corăbiile sunt pregătite, marea îți este deschisă. Eu, însă, rămân. Dar gândește-te și ia aminte ca nu cumva după fugă, să preferi moartea în locul mântuirii. Îmi place această veche maximă că purpura este un frumos lințoliu”.
- ¹¹⁴ W. Schubart, *Justinian und Theodora*, Munchen, 1943, p. 43 *apud* Vasile Mărculeț, *op. cit.*, p. 24.
- ¹¹⁵ Georgeta Fodor, *Destine comune: viața femeilor între public și privat- Țara Românească, Moldova, Transilvania, Secolele XV-XVII*, Ed. Argonaut, 2011, p. 18.
- ¹¹⁶ Jean Gaudemet, *op. cit.*, p. 194.
- ¹¹⁷ W. Basset, *The Bond of Marriage*, 1968, p. 94 *apud* P.L. Reynolds, *op.cit.*, p. 64.
- ¹¹⁸ Ch. Diehl, *Justinien et la civilization byzantine au VI-e siecle*, Paris, 1901, p. 32 *apud* George Fotino, *op.cit.*, p. 156.
- ¹¹⁹ Edward Gibbon, *The decline and Fall of the Roman Empire*, chap. 44 *apud* Caroline Humfress, *op. cit.*, p. 161.

CONTRIBUȚII LA STUDIUL EVOLUȚIEI LEGISLAȚIEI DE PROTECȚIE A FAUNEI SĂLBATICE ÎN ROMÂNIA

Mihai-Bogdan IONESCU-LUPEANU*

Abstract. *Contributions to the study of the evolution of wildlife protection legislation in Romania.* The main goal of this study is to reveal an error which occurred almost four decades ago and it's perpetuated till our days. Many Romanian authors in the field of Environmental Law consider the Hunting Act of 1872 as the first hunting law of modern Romania; in fact, this law it's a Hungarian one and it was applied in Transylvania till the end of the First World War.

In the second part of the study, the author analyses, for the first time in the history of Environmental Law, the wildlife protection provisions of the Instructions for hunting operations in the forests and estates of the State from the 6th of May 1893.

Keywords: *wildlife protection, The Hunting Act of 1872; Instructions for hunting operations in the forests and estates of the State from the 6th of May 1893; legal history;*

Introducere. Se apreciază că în 99% din istoria rasei umane, în calitatea lor de vânători-culegători, oamenii au exercitat o influență directă asupra faunei sălbatice¹. Supraexploatarea, ca amenințare majoră la adresa biodiversității, vizează speciile și ecosistemele; însă obiect al studiilor o constituie preponderent supraexploatarea speciilor de animale manifestată prin reducerea efectivelor acestora sau extincția lor².

La scara timpului istoric supraexploatarea faunei sălbatice s-a manifestat prin vânătoare și pescuit intensiv, iar perioada contemporană a adăugat comerțul internațional cu specii de faună sălbatică. În ultimele trei secole au dispărut 300 de specii de vertebrate, 82% ca urmare a vânătorii³; tot vânătoarea este responsabilă pentru 39 % dintre speciile de fauna sălbatică periclitare, după cum urmează: 21% în urma vânătorii comerciale, 12% a celei recreativ-sportive și 6% a celei de subzistență⁴.

Paradoxal, interesul stârnit vânătorilor de către speciile de faună sălbatică încadrate în categoria „vânatului mare” a constituit, pentru multe dintre ele, salvarea; acestea sunt speciile care au suscitât primele interesul protejării lor și care fac obiectul celor mai întinse baze de date⁵. De-a lungul istoriei, primele măsuri de protecție a faunei sălbatice au vizat speciile de interes cinegetic și s-au realizat prin reglementarea vânătorii într-o manieră care se dorea sustenabilă, firește raportat la cunoștințele științifice ale epocii.

Prima reglementare modernă de protecție a faunei sălbatice de interes cinegetic din România este cea dată de prevederile art.102 din Legea pentru poliția rurală⁶ din 25 decembrie

1868. Măsurile de protecție prevăzute în legislația autohtonă se circumscriu celor adoptate în epocă și de unele țări mai dezvoltate, în care amenințările la adresa biodiversității erau o realitate mult mai pregnantă decât în spațiul carpato-danubiano-pontic, iar efectele lor mai vizibile. În acest sens, în Anglia, prima lege de protecție a avifaunei, Legea de Protecție a Păsărilor de Mare din 1869, institua o perioadă de prohibiție a vânătorii anumitor specii de păsări de mare și interdicția recoltării ouălor, abia ulterior aceste măsuri extinzându-se asupra tuturor speciilor din avifaună sălbatică⁷. Anunțul, în aliniatul final al art.102, a unei viitoare legi a vânătorii menite să-i dezvolte principiile de protecție a faunei sălbaticice nu a trecut neobservat de doctrină.

Legea despre venatu din anulu 1872. În prezent, paradoxal, istoricii înregistrează existența articolului 102 din Legea pentru poliția rurală din 25 decembrie 1868⁸ și lipsa unei legi speciale a vânătorii până în 1891⁹, în vreme ce multe dintre tratatele și manualele de dreptul mediului¹⁰ consemnează anul 1872 ca an al promulgării primei legi de vânătoare.

Prin consultarea bibliografiei indicate în notele de subsol, acolo unde ele există¹¹, opinăm că sursa primară a informației este, cel mai probabil, un studiu¹² potrivit căruia:

„După abrogarea Regulamentului Organic, s-a revenit practic la vechiul regim de libertate a dreptului de vânătoare, care s-a menținut pînă la apariția primei legi a vânătorii (1872). (...) Prin articolul 102 al Legii pentru poliția rurală, se introduce pentru prima dată în România măsura de oprire a vânătorii timp de patru luni pe an (între 1 aprilie și 1 august), precum și interzicerea distrugerii cuiburilor și ouălor păsărilor de interes cinegetic. Articolul anunța și viitoarea apariție a unei legi a vânătorii.

În anul 1872 apare Legea despre venatu, care încearcă să reglementeze dreptul de vânătoare, introducând perioade de oprire a vânătorii și, prevede importanța, chiar prohibiția totală a vânătorii pentru unele specii, cum este cazul femelei de Tetrao urogalus. (...) Nu știm dacă și cît s-au respectat prevederile acestor acte normative. Gh.Nedici își exprimă părerea că ele au fost ignorate chiar și de cei avizați, de vreme ce Al.Odobescu, în 1874, nu știa nimic despre existența acestor legi atunci când scria în *Pseudokinegeticos* următoarele: «La noi pînă acum nici legea nu prevede nimic, dar nici înalta oblăduire nu simte trebuință de a se amesteca în traiul, mai mult sau mai puțin tulburat al lighioanelor sălbaticice...». De altfel Gh.Nedici în *Istoria vânătoarei*, nu face nici o mențiune despre legea din 1872, indiferent dacă ea s-a respectat ori nu.”

Importanța acestui studiu pentru istoria dreptului protecției mediului nu este una neglijabilă în condițiile în care, chiar și autorii care nu prezintă în lucrările lor evoluția reglementărilor juridice privind mediul în România, îl recomandă ca lectură de referință în materie¹³; prima trimitere bibliografică la acest studiu, identificată de către noi, într-o lucrare de specialitate, a fost făcută la nivelul anului 1990¹⁴.

Din punctul nostru de vedere, informațiile conținute de acest studiu, sub aspectul acurateții lor, comportă discuții. Opinăm că Legea despre venatu din anulu 1872 nu este o lege românească, ci una maghiară care s-a aplicat atât în Ungaria cât și în Transilvania.

Autorii studiului au fost induși în eroare, cel mai probabil, de broșura consultată, cu textul legii în limba română, și cu a cărei copertă, reproducă în facsimil, își ilustrează materialul: *Legea despre venatu din anulu 1872*, Edițiune oficială, Pest'a, 1872, Editur'a lui Mauritiu Ráth. Potrivit

unei mențiuni aflată pe ultima pagină, broșura a ieșit din teascurile tipografiei lui Ottone Hügel din Oradea-Mare.

Primul și cel mai evident indiciu asupra statului emitent al normei juridice se găsește pe coperta broșurii, sub mențiunea edițiune oficială, unde, ocupând centrul paginii, este reproducă stema Ungariei. O serie de alte elemente din cuprinsul legii ne conduc la aceeași concluzie:

a) În capitolul I (*Despre dreptul de venatu*), dreptul de vânătoare este legat de dreptul real de proprietate, însă proprietarul dispune de acesta condiționat de suprafața fondului funciar exprimată în iugăre, “veche unitate de măsură pentru suprafețele agrare, folosită în Transilvania, egală cu 0,5775 ha. [var:júgăr, s.n.] - din lat.jugerum”¹⁵.

b) În cazul unor disensiuni privitoare la teritoriile de vânătoare, era instituită o procedură prealabilă, cu două grade de jurisdicție: judele cercului administrativ [bănuim că inexistența unui termen adecvat în limba română a determinat traducătorul să adauge, în paranteză, termenul original, a cărui grafie și rezonanță este vădit maghiară:szolgabiró], apelul împotriva hotărârii acestuia fiind de competența vicecomitelui comitatului respectiv, or comitatul, ca unitate administrativ-teritorială, este specific Angliei și fostului imperiu Austro-Ungar, teritoriile românești din Ardeal, Banat, Crișana și Maramureș fiind organizate anterior Unirii din 1918 în această formă¹⁶.

c) Sancțiunile pecuniare stabilite în capitolul IV (*Despre transgressiunile de venatu și pedepsirea lor*) sunt stabilite în florini (Fl.) or, de la promulgarea la 22 aprilie/4 mai 1867 a primei legi monetare a României, unitatea monetară era leul, cu subdiviziunea sa, banii¹⁷.

Aserțiunile potrivit cărora Gheorghe Nedici nu face nici o mențiune cu privire la dispozițiile prevăzute în textul legii vânătorii din 1872 sunt, deasemenea, inexacte. Întru adevăr, la pagina indicată – 555 – a opului său, al cărui titlu complet este „Istoria vânătoarei și a dreptului de vânătoare”, aflată în partea a II-a [Timpurile istorice până la Unire (1918)], Titlul I [Vechiul Regat (Muntenia și Moldova)] cap.III, subcapitolul 6 intitulat „După Unirea din 1859” nu face vreo referire la *legea despre venatu din anulu 1872*, întrucât subiectul este tratat la locul convenit, în Titlul II (Ardealul), cap.III (Dreptul de vânătoare) subcapitolul d) [După reanexarea la Ungaria până la Unire (1848-1918)], unde aflăm că este o formă incipientă a legii XX din 1883 care, la momentul redactării de către Gheorghe Nedici a volumului său, era încă în vigoare¹⁸.

Existența unei omisiuni de o asemenea anvergură în „Istoria vânătoarei și a dreptului de vânătoare” era improbabilă în condițiile în care autorului ei i s-a reproșat că multitudinea informațiilor au făcut ca aproape două treimi din cuprinsul lucrării să trateze sfera cinegeticului în zona Ardealului¹⁹, situație potențată de calitatea autorului de doctor în drept al Universității din Budapesta și de debutul profesional, în anul 1903, în cadrul Directoratului afacerilor juridice al tezaurului din Budapesta²⁰. Dealtfel, cu referire strict la prevederile art.102 din Legea pentru poliția rurală din 25 decembrie 1868, Gh. Nedici consemnează: „aceste dispozițiuni se pare însă că multă vreme nu au fost deloc aplicate, iar publicul le ignora cu desăvârșire, și nu numai mulțimea de rând, ci chiar și cei ce aveau raporturi mai strânse cu vânătoarea. Despre această ignorare cea mai bună dovadă este faptul că în 1874, deci după șase ani dela promulgarea legii pentru poliția rurală, Alexandru Odobescu, care totuși era relativ bine

informat despre situația vânătoarei la noi și aiurea, nu știa nimic despre existența art.102 din legea poliției rurale (...)”²¹. Gheorghe Nedici atestă Legea pentru poliția vânatului din 1891 ca primă lege specială în materie în România, anunțată prin prevederile art.102 din Legea pentru poliția rurală din 25 decembrie 1868²².

Găsim criticabilă doar una dintre susținerile lui Gheorghe Nedici, din următoarele considerente: mai întâi, Alexandru Odobescu nu era vânător în adevăratul sens al cuvântului, ci doar un participant la acțiuni de vânătoare în virtutea statutului său social, în al doilea rând, chiar dacă a îndeplinit funcția de procuror la Curtea de Apel din București, pe de-o parte, nu avea la baza formării sale studii juridice, iar pe de alta, desfășurase această activitate pentru o scurtă perioadă, undeva în intervalul 1855 – 1863²³, prin urmare anterior adoptării Legii pentru poliția rurală, motive pentru care nu-l putem considera un indicator vrednic de luat în seamă al ignoranței în materia legislației cinegetice.

Opinăm că emblematică este lipsa mențiunilor privitoare la existența legislației de protecție a faunei de interes cinegetic în lucrarea “Manualul Venatorului”, apărută la București, în 1874, semnată de reputatul vânător Costache C. Cornescu (1830 – 1900), magistrat vreme de 14 ani²⁴, lucrare pentru care îi solicitase prietenului său, Alexandru Odobescu, scrierea unei prefețe, întreprindere soldată cu publicarea de către ultimul, în volum de sine stătător, a probabil celei mai cunoscute scrieri ale sale: Pseudo-kinegheticos.

Ipoteza potrivit căreia doctrina a tratat „la comun” legislația în vigoare pe teritoriul actual al României, indiferent de emitent, nu poate fi primită. Un astfel de raționament este infirmat pe de-o parte de existența altor acte normative, mult mai vechi, care ar fi avut întâietate (spre exemplu, pentru Transilvania, Legea de vânătoare din 1504²⁵, Ordonanța referitoare la timpul de ocrotire a vânatului și interzicerea vânătoarei, dată de Guvernul în 1751²⁶ sau Ordonanța despre vânătoare a lui Iosef al II-lea din anul 1786²⁷, pentru Bucovina, Ordonanța din 1786, considerată „primul act oficial care încearcă să aducă unele reglementări” asupra activităților cinegetice în regiune²⁸, iar pentru Basarabia, după anexarea acesteia la Imperiul Țarist, Edictul din 1763 al Ecaterinei a II-a care interzicea vânarea animalelor utile și comercializarea lor între 1 martie și 1 iulie²⁹), iar pe de alta, fie de plasarea de către doctrină a legii din 1872 într-o succesiune de acte normative care, fără alte excepții, aparțin legislației Statului Român de atunci, fie de indicarea în succesiunea de acte normative a celor aplicabile doar în regiunile aflate sub dominație străină și, prin urmare, edictate de acel stat, situație în care nu se regăsește și Legea despre venatu din anul 1872.

În concluzie, Legea despre venatu din anul 1872 nu este o lege românească, ci o lege maghiară care s-a aplicat și în Transilvania. Importanța acestei legi pentru protecția faunei sălbatice de interes cinegetic de pe teritoriul actual al României nu poate fi minimalizată, însă se impune tratarea ei de către doctrină separat de legislația națională, alături de actele normative emise de alte state și aplicate de autoritățile acestora în diverse zone ale României de ieri sau de azi și pe care cele mai multe dintre manualele și tratatele de dreptul mediului nici măcar nu le menționează.

Dintre autorii consultați de către noi, singurii care nu tratează “Legea despre venatu din anul 1872” în cadrul legislației naționale sunt cei care fie nu alocă spațiu istoricului legislației de protecție a mediului în România³⁰, fie doar punctează câteva momente ³¹.

Instrucțiunile pentru exploatarea vânătoarei din pădurile și domeniile Statului din 6 mai 1893³². După apariția Legii asupra poliției vânătorului din 1891 și a Regulamentului de aplicare, doctrina³³ menționează că o serie de măsuri de protecție a speciilor de faună sălbatică de interes cinegetic împotriva braconierilor au făcut obiectul *Regulamentului privitor la arendarea pe proprietăți ale Statului a dreptului de vânătoare prin „permise” deosebit de arendarea licitativă din 22 decembrie 1899*. Cu excepția instituirii interdicției vânării bătlanului alb, măsurile de protecție a speciilor de faună de interes cinegetic constau în reglementarea regimului juridic al permiselor de vânătoare pe proprietățile Statului. Printre altele, deținătorul legal al permisului de vânătoare, document nominal, eliberat de Ministerul Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor, pe o durată de 3 sau 6 luni, pe o proprietate a statului determinată, împrumutat sau cedat unei terțe persoane, se sancționa cu anularea actului, pierderea contravalorii lui și interdicția temporară, pe o durată de doi ani, de a cere eliberarea altui permis³⁴, iar eliberarea permiselor de vânătoare se refuza: minorilor, braconierilor recunoscuți, delicvenților de vânătoare și persoanelor care au suferit pedepse infamante³⁵.

În ceea ce ne privește considerăm mai relevante pentru protecția faunei sălbatice de interes vânătoresc prevederile incluse în *“Instrucțiunile pentru exploatarea vânătoarei din pădurile și domeniile Statului din 6 mai 1893”*, act normativ totalmente ignorat de doctrină.

Instrucțiunile instituiau, ca regulă, exploatarea vânătorii pe proprietățile Statului în regie proprie. Șefului ocolului îi incumba obligația de gestionare a efectivelor speciilor de faună sălbatică de interes cinegetic în scopul conservării și a înmulțirii în limitele a ceea ce astăzi cunoaștem sub denumirea de „efective optime”. Deși supusă principiilor utilitariste, ca întreaga legislație de până atunci, motiv pentru care solicită șefului de ocol „o energică și deosebită stăruință pentru exterminarea vânatului vătămător atât celui folositor, cât și culturei”³⁶, *Instrucțiunile...* reglementează, anterior *Regulamentului privitor la arendarea pe proprietăți ale Statului a dreptului de vânătoare prin „permise” deosebit de arendarea licitativă din 22 decembrie 1899*, eliberarea permiselor de vânătoare în pădurile statului unde vânătoarea se exploatează în regie, dar mai ales combaterea braconajului prin instituirea unui premiu de 5 – 20 de lei pentru descoperirea unui braconier, care predat justiției va fi condamnat, a controlului asupra exercitării vânătorii pe fondurile de vânătoare arendate de Stat unor persoane fizice sau juridice și a posibilității arendării de către stat, la propunerea șefului de ocol adresată Ministerului Domeniilor, a zonelor de vânătoare limitrofe propriilor teritorii în vederea gestionării eficiente a efectivelor de faună sălbatică.

*Avocat, Baroul București, doctorand, Universitatea din București, e-mail: contact@avocatlupleanu.ro;

¹SMITH, ROBERT LEO, ed.1976, *The ecology of man:An ecosystem Approach*, NewYork: Harper &Row. Holistic discussion of wildlife and cultural evolution Apud GARY A.KLEE, *Conservation of natural resources*, New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1991, p.207, col.2;

²LEE JAY HANNAH, *Climate change biology*, London: Academic Press – Elsevier, 2011, p.274-275;

³BĂDESCU, VALENTIN-STELIAN, *Dreptul mediului. Sisteme de management de mediu*, București: C.H.Beck, 2011, p.70;

⁴MILLER, G.TYLER, JR., 1982, *Living in the Environment*. 3D, ed.Belmont, Calif.:Wadsworth, apud GARY

A.KLEE, *Conservation of natural resources*, New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1991, p.207;

⁵JACK WARD THOMAS, *Wildlife in Natural resources for the 21st century*, R.Neil Sampson & Dwight Hair, American Forestry Association, Washington D. C.:Island Press, 1990, p.176;

⁶„Vânătoarea va fi deschisă în timp de opt luni ale anului, iar de la 1 aprilie până la 1 august, ea va fi oprită pentru tot felul de vânat, afară de păsările trecătoare și animalele stricătoare, precum: urși, lupi, mistreți și altele, căci în orice timp se vor putea omorî.

Este interzisă luarea sau sfărâmarea de pe și care proprietate a cuiburilor și ouălelor de păsări oprite a se vâna.

O lege și regulamente speciale se vor dezvolta principiile cuprinse în capitolul de mai sus.”

⁷GARETH B. SPARK, *Protecting wild animals from unnecessary suffering*, Journal of Environmental Law, vol.26, №3, november 2014, p.475;

⁸CONSTANTIN C.GIURESCU, *Istoria pădurii românești din cele mai vechi timpuri până astăzi*, București: editura Ceres, 1976, p.273;

⁹Idem.

ION NANIA, *Istoria vânătorii în România*, București: editura Ceres, 1977, p.4;

¹⁰Printre acestea:

DANIELA MARINESCU, MARIA-CRISTINA PETRE, *Tratat de Dreptul mediului*, ediția a V-a, revizuită și adăugită, București: editura Universitară, 2014, p.33 – 34:„După abrogarea Regulamentului Organic se revine la vechiul regim de libertate a dreptului de vânătoare, care s-a menținut până la apariția primei legi a vânătorii din 1872. Dar chiar și Codul penal român promulgat la 30 octombrie 1864 și pus în aplicare la 1 mai 1865, cuprindea două articole [309 și 368 alin.(1)și (2)], care prevedeau unele restricții privind vânătoarea în parcuri închise și otrăvirea peștilor în bălți, eleștee ori havuzuri și două articole (358 și 360) care sancționau incendierea pădurilor și fânețelor. Aceste măsuri au fost completate de unele precederi ale Legii pentru poliție rurală din decembrie 1868, care în articolul 102 a introdus, pentru prima dată în România, oprirea vânătorii timp de patru luni pe an, interzicerea distrugerii cuiburilor și ouălor păsărilor de interes cinegetic, precum și unele măsuri de combatere a dăunătorilor și bolilor la plante și animale.

În anul 1872 apare Legea despre vânat, prin care se reglementează dreptul de vânătoare, introducând perioade de oprire a vânatului și, foarte important, chiar prohibiția totală a vânătorii pentru unele specii. De asemenea, legea menționa că vânătoarea se face numai cu pușca sau călare și prevedea sancțiuni pentru cei ce săvârșeau infracțiuni.

Aceste legi se pare că nu au fost respectate, de vreme ce Alexandru Odobescu, în 1874, nu știa nimic despre existența lor, când scria în *Pseudokinetikos* că „La noi până acum, nici legea nu prevede nimic, dar nici înalta oblađuire nu simte trebuință de a se amesteca în traiul, mai mult sau mai puțin tulburat al lighioanelor sălbatice.” În „Istoria vânătoarei”, Gheorghe Nedici, de asemenea, nu face nici o mențiune despre legea din 1872, indiferent dacă ea s-a respectat sau nu.”

MIRCEA DUȚU, ANDREI DUȚU, *Dreptul mediului*, ediția a IV-a, București: C. H. Beck, 2014, p.47: „Încetarea aplicării Regulamentelor organice determină revenirea la vechiul regim de libertate a dreptului de vânătoare, care avea să se mențină până la apariția primei legi a vânătorii din 1872”

FLORIN FĂINIȘI, *Dreptul mediului*, București:Pinguin Book, 2005, p.23: „În anul 1872 apare prima lege a vânătorii, în 1874 este adoptată Legea serviciului sanitar, în 1896 Legea asupra pescuitului ș.a. (...) Regimul legal al animalelor s-a îmbogățit printr-o serie de reglementări. Astfel, Legea asupra vânatului și regulamentul său de aplicare, din 2 noiembrie 1891 a introdus elemente noi în privința dreptului de vânătoare, referitoare la perioadele de prohibiție. O serie de măsuri pentru protejarea vânatului împotriva braconierilor au fost consacrate prin Regulamentul din 22 decembrie 1899, privitor la arendarea pe proprietăți ale statului a dreptului de vânătoare prin „permis”, deosebit de arendarea licitativă.”

RĂDUCAN OPREA, *Dreptul mediului înconjurător*, Galați: Editura Fundației Universitare „Dunărea de Jos”, 2006, p.25: „După abrogarea regulamentului organic se revine la vechiul regim de libertate a dreptului de vânătoare, care s-a menținut până la apariția primei legi a vânătorii din 1872. dar chiar și Codul penal român promulgat la 30 octombrie 1864 și pus în aplicare la 1 mai 1865, cuprindea două articole) art.309 și 368 alin.1 și 2), care prevedeau unele restricții privind vânătoarea în parcuri închise și otrăvirea peștilor în bălți, eleșteee ori havuzuri și două articole (358 și 360) care sancționau incendierea pădurilor și fânețelor. Aceste măsuri au fost completate de unele prevederi ale legii pentru poliția rurală din decembrie 1868, care în articolul 102 a introdus, pentru prima dată în România, oprirea vânătorii timp de patru luni pe an, interzicerea distrugerii cuiburilor și ouălor păsărilor de interes cinegetic, precum și unele măsuri de combatere a dăunătorilor și bolilor la plante și animale.

În anul 1872 apare Legea despre vânatu, prin care se reglementează dreptul de vânătoare, introducând perioade de oprire a vânatului și, foarte important, chiar prohibiția totală a vânătorii pentru unele specii. De asemenea, legea menționa că vânătoarea se face numai cu pușca sau călare și prevedea sancțiuni pentru cei ce săvârșeau infracțiuni.

Aceste legi se pare că nu au fost respectate, de vreme ce Alexandru Odobescu, în 1874, nu știa nimic despre existența lor, când scria în *Pseudokinetico* că „La noi până acum, nici legea nu prevede nimic, dar nici înalta oblaudire nu simte trebuința de a se amesteca în traiul, mai mult sau mai puțin tulburat al lighioanelor sălbatice”. În *Istoria vânătoarei*, Gheorghe Nedici, de asemenea, nu face nici o mențiune despre legea din 1872, indiferent dacă ea s-a respectat sau nu.”

FLORIN SANDU, GHEORGHE-IULIAN IONIȚĂ, *Dreptul mediului*, București:Editura Sylvi, 2003, p.22: „- 1872, este adoptată „Legea despre vânatu”, prin care se reglementa dreptul la vânătoare, stabilindu-se interzicerea temporară sau chiar totală a acestuia pentru unele specii precum și modul în care se realiza aceasta (cu pușca sau călare); ”.

¹¹DANIELA MARINESCU, MARIA-CRISTINA PETRE, *Op.cit.*, p.33 – 34;

RĂDUCAN OPREA, *Op.cit.*, p.25;

¹²RADU STANCU, GH.DEACONU, A. RICHÎTEANU, SALTÎȚA STANCU, *Aspecte ale dezvoltării legislației de ocrotire a naturii în România*, revista *Ocrotirea naturii și a mediului înconjurător*, t.21, nr.2, 1977, p.97 – 98;

¹³ANCA ILEANA DUȘCĂ, *Dreptul mediului*, București: Universul Juridic, 2009, p.5;

¹⁴DANIELA MARINESCU, *Etapele organizării și legiferării ocrotirii mediului înconjurător în România*, *Analele Universității București – Drept*, anul XXIX, 1990, p.11 – 19;

¹⁵ACADEMIA ROMÂNĂ (București). INSTITUTUL DE LINGVICĂ “IORGU IORDAN-AL.ROSETTI”, *DEX-Dicționarul explicativ al limbii române*, ed.a 2-a, rev. - București: Univers Enciclopedic Gold, 2009, p.527, col.1;

¹⁶LAZĂR ȘĂINEANU, *Dicționar universal al limbei române*, a șasea edițiune, revăzută și adaogită, Editura “Scrisul Românesc S.A.” fost Samitca, p.151;

¹⁷OCTAVIAN LUCHIAN, GEORGE BUZDUGAN, CONSTANTIN C.OPRESCU, *Monede și bancnote românești*, București: editura Sport-Turism, 1977, ,p.255;

¹⁸GHEORGHE NEDICI, *Istoria vânătoarei și a dreptului de vânătoare*, București: Tipografia Ziarului „Universul”, 1940, p.685;

¹⁹ION NANIA, *Op.cit.*, p.3;

²⁰*Agenda și Anuarul Magistraturii și Baroului 1936*, edițiune oficială publicată cu autorizația Ministerului Justiției, “Cartea Românească” S.A., București, p.229, col.1;

²¹GHEORGHE NEDICI, *Istoria vânătoarei și a dreptului de vânătoare*, București: Tipografia Ziarului „Universul”, 1940, p.685 – 686;

²²GHEORGHE NEDICI, *Op.cit.*, p.556;

- ²³GABRIEL CHEROIU, *O istorie a literaturii cinegetice române*, vol.I, București: editura Cynegis, 2003, p.46 – 47;
- ²⁴OCTAV-GEORGE LECCA, *Familiiile boierești române*, ediție îngrijită de Alexandru Condeescu, Fundația Culturală Libra, București: editura Muzeul Literaturii Române, 2000, pg.236;
- ²⁵OTTO WITTING, *Istoria dreptului de vânatoare în Transilvania*, București: Monitorul Oficial și Imprimeriile Statului, Imprimeria Națională, Depozitul General Cartea Românească, 1936, Academia Română, Studii și Cercetări XXVII, p.68 – 69;
- ²⁶OTTO WITTING, *Op.cit.*, p.75 – 76;
- ²⁷OTTO WITTING, *Op.cit.*, p.82 – 90;
- ²⁸ICHIM RADU, *Bazele ecologice ale gospodăririi vânatului în pădurile din zona montană*, București: editura Ceres, 1994, p.87;
- ²⁹C.P. GEORGESCU, *Vânătoarea din punct de vedere sportiv, economic și legislativ*, *Revista pădurilor unificată cu Economia forestieră*, anul XXXVI, februarie 1924, №2, p.171 – 172;
- ³⁰ERNEST LUPAN, *Tratat de dreptul protecției mediului*, București: C.H. Beck, 2009;
- Notă: Anterior, același autor, în lucrarea *Dreptul mediului, Partea Generală, Tratat elementar I*, București, editura Lumina Lex, 1996, p.115, a inclus „Legea vânătorii din 1872” într-o enumerare care cuprinde în exclusivitate acte normative adoptate de Statul Român: „S-ar putea invoca multe alte reglementări din istoria țării noastre atât din perioada respectivă, cât și din epoca modernă (Condica lui Calimach, în Moldova, Condica lui Caragea, în Țara Românească, Legea vânătorii din 1872, Codul penal din 1864, Legea pentru poliția rurală din 1868, regulamentul Zahanalelor (abatoarelor) din 1868, Legea asupra serviciului sanitar din 1874, Codul silvic din 1881, Legea sanitară din 1885, Regulamentul pentru consiliile de igienă și de salubritate din 1893, Regulamentul pentru alinierea și construirea locuințelor țărănești din 1894, regulamentul pentru apărarea sănătății publice față de exploatarea de petrol din 1899, Legea asupra pescuitului din 1896 (...). ”
- ³¹NECULAI BOBICĂ, *Elemente de ecologie și dreptul mediului înconjurător*, Iași: Editura Fundației „Chemarea”, 1994;
- SIMONA-MAYA TEODOROIU, *Dreptul mediului și dezvoltării durabile. Curs universitar*, București: Universul Juridic, 2009;
- ³²*Anuarul Ministerului Agriculturii, Industriei, Comerțului și Domeniilor (anul 1893) - Legile, decretetele, regulamentele și diferite acte ale acestui departament 1859 – 1893*, București: Tipografia Curții Regale F.Göbl fii, 1893, p.1334 – 1341;
- ³³DANIELA MARINESCU, MARIA-CRISTINA PETRE, *Op.cit.*, p.35;
- FLORIN FĂINIȘI, *Op.cit.*, p.23;
- ³⁴Art.7 alin. 1 și 2 din Regulamentului privitor la arendarea pe proprietăți ale Statului a dreptului de vânatoare prin „permise” deosebit de arendarea licitativă din 22 decembrie 1899;
- ³⁵Art.9 din Regulamentului privitor la arendarea pe proprietăți ale Statului a dreptului de vânatoare prin „permise” deosebit de arendarea licitativă din 22 decembrie 1899;
- ³⁶Art.7 din Instrucțiunile pentru exploatarea vânătoarei din pădurile și domeniile Statului din 6 mai 1893;

SIMULAȚIA. EXPLICAȚII ASUPRA DISIMULĂRII VOINȚEI REALE A PĂRȚILOR

Iulian DEDU*

Abstract: Simulation. Explanatory considerations on the dissimulation of real intentions of contractual parties. Based on contractual liberalism, parties initiated across time various juridical operations, some with unlawful intentions and others unlawful by nature. This was the case of simulation, a leading juridical institution concerning hidden juridical effects of the contracting parts. Simulation, as seen as a juridical operation, aims towards falsifying the real parts effects. Moreover, the action of simulating is closely linked to the idea of phony apparition, concentrated as an intentional misrepresentation of truth.

In other words, simulation can be presented as a deliberate juridical falsehood, its primordial aim being of misleading, falsifying the true inter-human will. Generically, simulation has been explained by using the action of simulacrum, falsification. By simulation's nature, the reality is duplicated.

Keywords: simulation, real will, simulator agreement, irrevocable

Secțiunea 1. Prolegomene

Întreaga civilizație europeană a fost animată de-a lungul timpului de ideea de a percepe însăși resorturile societății înconjurătoare. Astfel, acțiunile omenești au fost ghidate spre deslușirea bazelor juridice ale societății. Omul, fiind rățională, și-a canalizat întreaga energie pentru a da naștere intențiilor de natură juridică. Toate activitățile curente, toate idealurile îndrăznețe, dar și întreaga preocupare a omului trebuia să fie supusă într-un anumit mod procesului de regularizare. Sub o altă ordine de idei, activitățile primordiale au dat naștere legăturilor intrinseci între ființe, determinate de nevoia constantă de îmbunătățirea a legăturilor existente. Astfel, pe fondul unor relații interumane neîntrerupte s-a născut ideea de explicare sau modelare a proceselor de influență reciprocă.

De o manieră benefică, s-au dat viață înțelegerilor dintre indivizi prin reglementarea propriu-zisă a relațiilor existente între ele, sub forma contractului. Cu toate că, la începuturi, instrumentele juridice create s-au apropiat foarte puțin de instituțiile juridice contemporane, părțile nu au încetat de a fi izvor creator. Pe motiv că simplele repercusiuni juridice se definesc prin trimitere la drept, contractul se definește prin trimitere la o manifestare concordantă de voință, având drept bază pornirea interioară conștientă.

Având la bază liberalismul contractual, părțile au dat naștere de-a lungul timpului diverselor stabilimente juridice, unele cu intenții licite, iar altele ocolitoare, ilicite. Astfel, efectele scontate au izvorât de cele mai multe ori din lipsa neîncetată a părților de a găsi

instrumente facile în ascensiunea lor pe scara societății umane. Așa a fost și cazul simulațiunii, instituție juridică diriguitoare în ceea ce privește efectele juridice mascate ale părților contractante. Simulația, privită ca stabiliment juridic, are drept scop denaturarea efectelor reale a părților.

Secțiunea a 2-a. Explicațiuni prealabile

§1. Sediul materiei

Sub aspectul reglementării juridice, simulația este prezentă în noul Cod civil¹ pe parcursul a șase articole (art. 1289-1284), legiuitorul inserând-o în secțiunea a 6-a, subsecțiunea a II-a, pct. IV. denumită efectele „contractului față de terți”. Mai mult decât atât, există aplicații ale simulației și în materia liberalităților (art. 992 C. civ.), convenției matrimoniale (art. 331.) sau a donației² (art. 1033 C. civ). Într-adevăr, literatura de specialitate anterioară³ a avut o contribuție ridicată asupra structurii juridice a simulației, prin fixarea efectelor sale și a modului de aplicabilitate. Noul cod civil nu definește instituția simulației⁴, însă îi reglementează, printre altele, efectele între părți, cât și față de terți.

§2. Terminologie

Sub aspect terminologic, denumirea de „simulație” își are sorginea în termenul latin „*simulatio*” sau „*simulare*” cu explicațiunea de a simula. De altfel, acțiunea de a simula este intim legată de ideea de aparență himerică, concentrată sub forma unei denaturări intenționate a adevărului. În altă ordine de idei, simulația poate fi prezentată drept o voită iscoditură juridică, având drept scop primordial de a induce în eroare, de a denatura adevăratele voințe interumane. *Ab origine*, simulația se prezenta asemenea unui stabiliment juridic voluntar ce îngăduia părților să disimuleze adevăratele porniri interioare.

Or, faptul de a simula a fost și rămâne un scop îndreptat asupra deciziei reale a părților. Generic, simulația a fost explicată prin mijlocirea acțiunii de prefăcătorie, falsificare, fiind de esență ca prin intermediul simulației să se dea naștere unei dedublări a realității.

§3. Noțiune

Grosso modo, se apreciază faptul că simulația este urmarea libertății contractuale și a principiului consensualismului având la bază autonomia de voință a părților⁵. În literatura de specialitate⁶ s-au conturat o serie de definiții atribuite instituției juridice a simulației, în acest sens reținându-se ca fiind:

- „o situație juridică ce se clădește pe două acte juridice (operații juridice în sens de *negotium*), dintre care unul este aparent, dar mincinos, iar celălalt este ascuns, dar sincer și real”⁷ sau

„o operație juridică în virtutea căreia printr-un act aparent (ostensibil), dar mincinos (nereal), se creează o altă situație juridică decât cea stabilită printr-un act ascuns, dar adevărat⁸”.

De asemenea, și în literatura de specialitate franceză s-au evidențiat o serie de definiții atribuite simulației, însă ne-am oprit asupra celei care reflectă cel mai bine intenția părților înșelătoare. Potrivit distinsului prof. M. Planiol, simulația se definea ca fiind „situația în care se încheie o convenție aparentă, ale cărei efecte sunt modificare sau înlăturate de către o altă convenție, contemporană cu prima și care este destinată a rămâne secretă⁹”.

Mai mult decât atât, se constată faptul că simulația a apărut în contextul unei neconcordanțe între voința reală și voința declarată. Așadar, simulația se prezintă *ipso facto* ca fiind rodul unei comuniuni de idei a unor părtași la circuitul civil.

De facto, efectele acestei construcții juridice au fost prezente și în mentalitatea societății romane, prin deghizarea unor donații în contracte de vânzare-cumpărare cu scopul de a se evita, printre altele, unele incapacități.

Ceea ce diferențiază simulația de alte discordanțe spontane¹⁰ prezente într-un contract este însăși intenția de a simula. Pentru ca cele două acte juridice să fie reunite într-o simulație, se cere în mod obligatoriu și existența acordului simulatoriu. De asemenea, acordul simulatoriu poate fi exprimat, fie prin contractul secret, fie printr-un act separate. Într-adevăr, nu poate exista simulație în lipsa unui acord simulatoriu. Actul public aparent reprezintă elementul extern, iar acordul simulatoriu desemnează însăși elementul intern¹¹. De asemenea, există și definiții ale simulației prin care se reliefează *însăși acordul simulatoriu*¹².

§4. Scopul și limitele simulației

În literatura de specialitate au fost analizate două categorii de scopuri ale simulației, din punct de vedere al operațiunii juridice, și anume:

-scopul imediat, ce desemnează proiectarea unei situații juridice aparente, nereale (scopul abstract al oricărei simulații, *exempli gratia*: ascunderea situației juridice reale prin crearea unei situații juridice aparente), și

-scopul mediat, ce desemnează motivul determinant *al fiecărei simulații* (scopul concret, *exempli gratia*: sustragerea unor bunuri de la urmărirea silită a creditorilor, gratificarea unei persoane incapabile de a primi o donație).

Ca regulă, simulația a fost și este o instituție juridică valabilă, fapt pentru care legiuitorul i-a acordat importanță și reglementare. Interpretând dispozițiile edificatoare în privința scopurilor urmărite, se impune o analiză *proprio nomine* a fiecărui procedeu prin intermediul căruia simulația se explică. Astfel:

-procedeu de fictivității – părțile doresc ca terții să creadă în existența unui act aparent, care în realitate nu există;

-procedeu de deghizării- părțile doresc ascunderea naturii juridice a actului secret (totală) sau doar a unor clauze (parțială);

-procedeu de interpunerii de persoane – părțile doresc ascunderea calității de parte în actul secret a unuia dintre simulanți.

§5. Condiții de admisibilitate

În mod general, simulația trebuie să conștie într-o înlocuire a realității cu o ficțiune (de pildă, pentru a nu lua parte la cursuri în timpul școlii, o persoană își dă toată silința pentru a concepe o idee simulată asupra stării sale de sănătate. Așadar, se realizează prin toate căile posibile o simulație (ascunderea adevăratei sale stări de sănătate) cu scopul de a induce în eroare.

Realitatea înconjurătoare nu poate fi definită, însă cert este faptul că se înfățișează întotdeauna sub forma unui adevăr. Noul cod civil nu precizează *expressis verbis* condițiile în prezența cărora sămânța din simulație „se trezește la viață”. În concepția noastră, se pot desprinde trei condiții pentru a fi în prezența simulației, și anume¹³:

- existența unui act secret,
- existența unui act public, aparent și
- existența unui acord simulatoriu. (*animus simulandi*).

Existența unui act secret. Simulația are în vedere ascunderea voluntară a adevăratelor intenții față de terți, exprimată prin intermediul unui act secret (contraînscriș)¹⁴. Aprecierea caracterului secret al contraînscrișului constituie o chestiune de fapt¹⁵. Pentru a putea produce efecte *interpartes*, contractul secret, în acord cu art. 1289 alin. (2) C. civ., trebuie să îndeplinească *numai condițiile de fond*. Mai mult decât atât, contraînscrișul este *lipsit de caracter secret* în situații precum:

- dacă a fost supus unei forme de publicitate, și anume: intabularea, înscrierea în arhiva electronică¹⁶,
- dacă a fost înregistrat la registrul comerțului sau
- dacă existența sa este menționată în contractul public, aparent.

Existența unui act public, aparent. În acest caz, aparența se creează prin intermediul actului public, fiind adus la cunoștința publicului cu rolul de a crea o realitate falsă. Cu alte cuvinte, actul public se încheie cu scopul de a produce aparența prin disimularea realității.

Cât privește formalismul actului public, s-a precizat faptul că trebuie să îndeplinească toate condițiile de formă ale operațiunii juridice pe care o întruchipează, de pildă: în situația în care se are în vedere o vânzare imobiliară, trebuie ca actul public să fie încheiat în forma autentică¹⁷.

Existența unui acord simulatoriu (*animus simulandi*). Ținând cont de faptul că voința este un element esențial al simulației, se poate desprinde ideea că intenția părților de a simula trebuie să fie comună pentru a da naștere efectelor scontate.

Or, în lipsa lui *animus simulandi*, putem fi în prezența altor construcțiuni juridice asemănătoare, de pildă: dol, fraudă, rezervă mentală etc. În plus, acordul simulatoriu și actul secret alcătuiesc tocmai partea secretă a simulației. În *genere*, pentru ca cele două acte juridice¹⁸ să fie reunite într-o simulație, se cere în mod obligatoriu și existența acordului simulatoriu. De asemenea, acordul simulatoriu poate fi exprimat, fie prin contractul secret, fie printr-un act separate.

§6. Sfera de aplicabilitate

Art. 1293 C. civ. reglementează *actele unilaterale*:

„Dispozițiile referitoare la simulație se aplică în mod corespunzător și actelor juridice unilaterale destinate unei persoane determinate, care au fost simulate prin acordul dintre autorul actului și destinatarul său.”

Se impune remarca că simulația, ca operațiune juridică complexă, a devansat sfera de aplicabilitate a contractului, regăsindu-se și în alte instituțiuni juridice, de pildă: testamentul, căsătoria etc.

Actul juridic poate îmbrăca atât forma *actului juridic unilateral* (manifestare unilaterală de voință), cât și a *contractului* (acord de voințe concordante).

Excursus, pentru a evita producerea unei confuzii, trebuie precizat faptul că *nu trebuie confundat* actul juridic unilateral cu contractul unilateral, cele două noțiuni fiind diametral opuse și având regim juridic distinct.

Potrivit dispozițiilor legale aplicabile, simulația se circumscrie numai actelor juridice unilaterale supuse comunicării. Așadar, simulația nu se poate întâlni în materia actelor juridice unilaterale adresate publicului (cu destinatar nedeterminat, promisiunea publică de recompensă), întrucât nu este posibilă prezența acordului simulatoriu. Sub aspectul practicii juridice, simulația este cea mai întâlnită, fie sub aspectul simulării unui element al contractului secret (*exempli gratia*, prețul), fie sub aspectul vânzărilor fictive ori donațiilor deghizate¹⁹.

În plus, în practica judiciară s-a decis faptul că hotărârile judecătorești nu pot face obiectul simulației, ci numai contractele²⁰. Sub aspectul sferei de aplicabilitate, simulația *nu se aplică* actelor juridice nepatrimoniale, ci numai actelor juridice susceptibile de o evaluare pecuniară.

Este *nepatrimonial* actul juridic civil care nu este susceptibil de un conținut evaluabil în bani și nu se include în patrimoniul unei persoane. *Exempli gratia*, drepturile personalității - viața, onoarea, dreptul la imagine, darea consimțământului la adopție etc.

Într-adevăr, ca o aplicație particulară în materia căsătoriei fictive, s-a prevăzut în mod expres sancționarea cu nulitatea absolută a căsătoriei, dacă se încheie în alte scopuri decât acela de a întemeia o familie. Se poate afirma, de asemenea, faptul că „tentaculele” simulației se întind asupra tuturor participanților la raporturile juridice, domeniul de cuprindere fiind vast (*exempli gratia*, în privința persoanelor, simulația se înfățișează fie la nivelul unei persoane juridice, fie la nivelul unei persoane fizice incapabile, în privința bunurilor, simulația este prezentă asupra existenței lor (natură și calitate), iar în privința faptelor și evenimentelor, simulația se restrânge asupra duratei și consecințelor. Pentru a aprecia simulația ca înțelegere juridică valabilă, se impune în mod necesar o apreciere sporită asupra regulilor de conviețuire socială și a interesului public.

§7. Delimitare conceptuală

7.1. Simulația și dolul

Luând în considerație definiția atribuită dolului, Codul civil scoate în relief aspecte ce țin de elementele materiale ale dolului, și anume: se pot înfățișa, fie sub forma unor fapte pozitive (manopere frauduloase), fie sub forma unor fapte negative (ascunderea unor informații- dol prin reticență)²¹.

Delimitarea operațiunilor juridice **prezintă o importanță practică** sub următoarele aspecte:

a. temeiul juridic diferit: *simulația* este reglementată prin intermediul art. 1289 C. civ., iar *dolul* este reglementat în mod expres prin intermediul art. 1214 C. civ.;

b. aprecierea scopului urmărit:

▪ *simulația:*

-poate avea și alt scop decât fraudă (de pildă, în cazul interpunerii de persoane;
-efectele scontate se îndreaptă asupra inducerii în eroare a terțelor persoane, iar

▪ *dolul:*

-are întotdeauna drept scop o intenție sau omisiune frauduloasă;
-efectele scontate se îndreaptă asupra voinței părților.

c. regimul juridic diferit al sancțiunii: *simulația* poate atrage, ca regulă, sancțiunea inopozabilității față de terți a contractului secret, iar *dolul* este sancționat cu nulitatea relativă.

d. regimul juridic diferit al acordului: *simulația* este opera înțelegerilor a două persoane (acord de voință), iar *dolul* este opera unei singure persoane.

7.2. Simulația și fraudă

Frauda poate îmbrăca haine mai multor instituțiuni juridice cu regim juridic propriu, și anume: fraudă pauliană, fraudă terților prin simulație, fraudă la lege, fraudă fiscală²² etc. Prin excelență, fraudă legii desemnează acea operațiune juridică prin intermediul căreia se dorește abaterea de la anumite norme legale imperative. Așadar, contractul reprezintă, în materia fraudei la lege, numai mijlocul pentru a se abate de la dispozițiile imperative ale legii. Delimitarea operațiunilor juridice **prezintă o importanță practică** sub următoarele aspecte:

a. aprecierea scopului urmărit: *simulația* poate avea drept scop atât fraudă, cât și alt motiv (de pildă, ascunderea calității de parte în actul secret a unuia dintre simulanți - interpunerea de persoane), iar scopurile *fraudei* diferă în funcție de procedeu la care se raportează, și anume: eludarea dispozițiilor legale imperative (frauda legii), fraudarea intereselor particulare (frauda pauliană) etc.

b. regimul juridic diferit al sancțiunii: *simulația* poate atrage, ca regulă, sancțiunea inopozabilității față de terți a contractului secret, iar *frauda* este sancționată, în funcție de procedeu pe care îl îmbracă, cu nulitatea absolută (*exempli gratia*, fraudă la lege), inopozabilitatea (*exempli gratia*, fraudă pauliană, fraudă terților prin simulație).

§8. Principiile diriguitoare

Principiile desemnează acele reguli călăuzitoare aplicabile instituției juridice a simulației ce reglementează, atât faptul permisiv, cât și efectele sale juridice. Luând în considerațiune atât condițiile de existență, cât și efectele scontate ale regimului juridic, principiile simulației pot fi încadrate în două categorii, și anume:

- principii permissive (explică și permit simulația, ca operațiune juridică valabilă) și
- principii ale regimului juridic (reglementează sfera de aplicabilitate și efectele juridice produse).

I. Principiile permissive simulației. Sunt considerate principii care permit și fac posibilă simulația, ca stabiliment juridicește valabil, următoarele:

-**principiul consensualismului.** Simulația constituie o permisiune a principiului consensualismului; principiu ce atenuază rigiditatea dreptului formalist. Consensualismul privește libertatea părților de a îmbrăca raporturile juridice contractuale, între anumite limite, sub forma pe care o doresc, edificator în acest sens fiind simplu acord de voință, necesar și suficient

-**principiul voinței reale.** Rodul voinței reale a părților constituie actul ascuns. Așadar, contractul secret va produce efecte numai între părți și dacă din natura contractului ori din stipulația părților nu rezultă contrariul, între succesorii lor universali sau cu titlu universal.

II. Principiile regimului juridic. Sunt considerate principii care se aplică instituției juridice a simulației următoarele:

-**principiul beneficiului aparenței.** În acest sens, terții de bună-credință sunt ținuți să respecte numai situație juridică născută din contractul public; contract ce se întemeiază pe stabiliment juridic aparent. De asemenea, aplicarea teoriei aparenței în materia simulației are drept scop ocrotirea terților de bună-credință, întrucât iau cunoștință numai despre situație juridică născută din contractul public.

-**principiul dedublării realității juridice,** În acest caz, simulația presupune existența a două acte juridice între aceleași părți contractante, având drept scop inducerea în eroare a terțelor persoane. Este de esență ca prin intermediul simulației să se dea naștere unei dedublări a realității

-**principiul liceității simulației.** Deși a făcut obiectul numeroaselor dispute de ordin juridic, simulația a fost și rămâne, între anumiți parametri, o operațiune juridice valabilă din toate punctele de vedere.

-**principiul neutralității simulației.** În această situație, simulația are rolul de a fi neutră sub aspectul validității actelor juridice prin intermediul cărora ea se realizează. Aceasta se poate traduce prin: (1) simulația nu este în sine o cauză de nulitate, după cum, și invers, (2) simulația nu poate asana nulitatea contractelor prin care s-a desăvârșit simulația²³.

-**principiul inopozabilității simulației.** Așadar, inopozabilitatea se răsfrânge asupra repercusiunilor juridice ale contractului secret. Mai mult decât atât, numai terții de *bona*

fides pot invoca această sancțiune și pot declara cu efecte depline, prin intermediul acțiunii în simulație, ineficacitatea contractului secret.

§9. Regimul probator

Art. 1292 C. civ. reglementează astfel proba simulației:

„Dovada simulației poate fi făcută de terți sau de creditori cu orice mijloc de probă. Părțile pot dovedi și ele simulația cu orice mijloc de probă, atunci când pretind că aceasta are caracter ilicit.”.

Noul cod civil stabilește în mod diferit proba în ce privește instituția juridică a simulației, și anume:

-**între părți**²⁴, simulația poate fi dovedită numai printr-un contraînscriș ce ar modifica actul public²⁵ (potrivit normelor dreptului comun în ceea ce privește dovada actelor juridice civile).

▪ Prin excepție, *simulația poate fi dovedită, între părți, cu orice mijloc de probă, dacă acestea pretind că are caracter ilicit (exempli gratia, se urmărește fraudarea legii, încălcarea dispozițiilor legale imperative, de ordine publică sau dacă s-a făcut prin dol ori violență (A se vedea Fl. Baias, op. cit., p. 220).*

-**de către terți și creditori**, simulația poate fi dovedită cu orice mijloc de probă, fiind doar un simplu fapt juridic.

Pentru a fi în prezenta excepției, partea interesată trebuie să dovedească atât cazul de imposibilitate morală de preconstituire a înscrisului, cât și simulația. În sensul simulației, prin act secret trebuie să se înțeleagă operațiunea juridică a părților în sensul de *negotium*. Actul secret, prin excepție, va putea fi dovedit cu orice mijloc de probă numai în următoarele cazuri:

- dacă există o imposibilitate morală de preconstituire a înscrisului;
- dacă există un început de dovadă scrisă;
- dacă există o simulație ilicită, având drept scop încălcarea dispozițiilor legale imperative, de ordine publică;
- dacă actul public este fictiv, având drept scop neutralizarea efectelor actului aparent²⁶;
- dacă actul secret a fost încheiat prin fraudă, dol sau violență²⁷.

§10. Sancțiunile incidente

În materia simulației, sancțiunea cu caracter general, având drept scop salvagardarea intereselor legitime ale terților este inopozabilitatea situației juridice create prin actul secret. Sancțiunea specifică își are justificare din prisma faptului că terții au cunoscut numai situația juridică creată prin actul public, aparent.

Pe calea acțiunii în simulație se poate înlătura, cu efecte depline, operațiunea juridică cuprinsă în actul secret. Mai mult decât atât, există și anumite situații determinate de fraudă, ca mobil al simulației, care justifică aplicabilitatea *altei sancțiuni de drept civil, și anume nulitatea*. În acest caz, simulația nu constituie în sine o cauză de nulitate²⁸. Cu alte

cuvinte, dreptul de simulați există, însă dreptul la fraudă nu există²⁹. *Exempli gratia*, se sancționează cu nulitatea relativă sau absolută, după caz: donațiile deghizate ori sub forma interpunerii de persoane³⁰ sau donațiile simulate³¹.

Secțiunea a 2-a. Controverse doctrinare

În literatura de specialitate anterioară s-au ridicat o serie de controverse în privința construcției juridice a simulației, și anume:

- dacă actul secret trebuie sau nu să îmbrace forma autentică,
- dacă cele două acte juridice trebuie să fie sau nu contemporane sau
- dacă simulație se confundă sau nu cu un contract de *prête-nom*.

§1. Forma actului secret

Cât privește actul secret, se impune o analiză propriu-zisă a condițiilor de validitate (de fond și de formă) pe care trebuie să le îndeplinească. Așadar, **condițiile de fond** ale actului secret sunt cele de drept comun [prevăzute la art. 1179 alin. (1) C. civ.], și anume: capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit, o cauză licită și morală. Mai mult decât atât, **condițiile de formă** ale actului secret sunt prevăzute *solo consensu*, fără să se impună forma pentru validitatea operațiunii juridice pe care părțile o concep prin simulație. De pildă, o donație poate fi simulată printr-o vânzare consensuală.

Dacă s-ar impune soluția formei de validitate a actului secret, s-ar ajunge practic la înlăturarea caracterului secret. Într-adevăr, se impune *ab initio* precizarea că **actul public trebuie să respecte** condițiile de formă ale operațiunii juridice pe care părțile o concep prin simulație. Sistemele private prin care se țin evidențele contractelor (de pildă, registrul agricol, evidențele contabile), nu au drept consecință³² înlăturarea caracterului secret.

§2. Analiza contemporanității

Problematica contemporanității a suscitat de-a lungul timpului controverse, atât la nivel doctrinar³³, cât și la nivel de practică judiciară. Pe de o parte, s-a considerat, potrivit literaturii de specialitate clasice, faptul că, pentru a fi în prezența simulației, este cu necesar ca actul public și actul secret să fi încheiate simultan, adică în același moment³⁴.

Pe de altă parte, literatura de specialitate contemporană s-a pronunțat în sensul de a fi suficient, pentru a fi în prezența simulației, ca cele două acte să fie contemporane.

În plus, cele două acte sunt contemporane în următoarele situații:

- dacă au fost încheiate simultan sau
- dacă actul secret (în sensul de operațiune juridică) s-a încheiat primul, iar actul public s-a încheiat ulterior³⁵.

Mai mult decât atât, s-a considerat și faptul că, pentru ca cele două acte să fie contemporane, este necesar ca actul secret să fie în vigoare la momentul încheierii actului public și să rămână în continuare în vigoare³⁶.

§3. Actul secret în sensul de negotium

În literatura de specialitate³⁷ s-a adoptat poziția ca actul secret să fie conceput în sensul de operațiune juridică reală (*negotium*), și nu sub felul înscrisului probator (*instrumentum*). Așadar, actul secret este indispensabil în sensul de operațiune juridică *interpartes* prin care se pun de acord însăși adevăratele intenții. Prin contraînscris se înțelege contractul (în sensul de operațiune juridică - *negotium*) întocmit de către părți și ținut secret cu scopul de a înlătura sau modifica efectele unui contract public, aparent. Au existat numeroase explicații, în literatura de specialitate franceză, atribuite expresiei de „contraînscris”, însă fiecare autor s-a evidențiat prin prisma modului său creator și reliefa aspectelor esențiale. Așadar, contraînscrisul a fost explicat ca fiind „un înscris destinat a rămâne secret, prin intermediul căruia semnatarul declară că ale lor convenții sau declarații sunt consemnate într-un alt act³⁸. Dar, au existat și critici³⁹ din partea autorilor sub forma lipsei intenției de a simula, ca element caracteristic și conținutiv.

§4. Distincții cu privire la mandatul fără reprezentare (zis și contractul de prête-nom)

Noul cod civil pune capăt controverselor iscate de-a lungul timpului la nivel de literatură de specialitate și practică judiciară în privința delimitării conceptuale simulație-mandat fără reprezentare.

Astfel, se conferă o reglementare *sub specie juris* a contractului de mandat fără reprezentare prin intermediul dispozițiilor art. 2039 și următoarele. În acest sens, mandatul fără reprezentare este definit ca fiind contractul în temeiul căruia o parte (mandatar), încheie acte juridice în nume propriu, dar pe seama celeilalte părți (mandant), și își asumă față de terți obligațiile ce rezultă din aceste acte, *chiar dacă terții aveau cunoștință despre mandat*.

De altfel, potrivit noii concepții, devine irelevant dacă terțul cunoaște sau nu existența mandatului sau a identității mandantului. Pe cale de consecință, s-a consolidat regimul juridic aplicabile mandatului fără reprezentare. Această variantă a mandatului este cunoscută și sub denumirea de contract prin interpunere de persoane (împrumut al numelui *prête-nom*). În literatura de specialitate s-au conturat două accepțiuni în ceea ce privește relația contractului prin interpunere de persoane și a contractului de *prête-nom*:

-prima concepție⁴⁰, minoritară, a făcut distincție între contractul prin interpunere de persoane și contractul împrumutului de nume (de *prête-nom*). S-a susținut faptul că minciuna sau „expresia ei juridică” – acordul simulatoriu – se referă la identitatea persoanelor *din actul public*.

-a doua concepție⁴¹, majoritară, precizează faptul că mandatul fără reprezentare se poate realiza numai prin interpunerea unei persoane care își împrumută numele, operațiune care se poate concepe:

-fie *printr-o simulație* (între actul secret și actul public trebuie să existe o legătură de anterioritate sau concomitentă),

-fie *printr-o operațiune juridică reală* (nu se are în vedere disimularea adevăratului beneficiar din actul public).

Secțiunea a 3-a. Formele și procedeele de realizare

Cât privește **formele simulației**, în literatura de specialitate s-a pornit de la criteriul elementului asupra căruia poartă aparența și a fost clasificată⁴² astfel:

-simulația **absolută**, dacă acordul simulatoriu poartă asupra existenței⁴³ actului public, care este fictiv sau

-simulația **relativă**, dacă acordul simulatoriu poartă numai asupra unuia dintre elementele actului public⁴⁴.

De asemenea, simulația relativă poate fi subclasificată în:

-*obiectivă*, dacă acordul simulatoriu poartă asupra unui element obiectiv și se poate realiza prin deghizare (totală sau parțială) și

-*subiectivă*, dacă acordul simulatoriu poartă asupra identității părților din actul juridic real și se poate realiza prin intermediul mandatului fără reprezentare (împrumut al numelui – *prête-nom*) sau sub forma interpunerii de persoane.

Cât privește **procedeele de realizare**, simulația realizează prin:

-procedul fictivității actului public,

-procedul deghizării actului secret și

-procedul interpunerii de persoane.

Procedul fictivității. În acest caz, se încheie un act public numai de convență, iar actul secret prevede faptul că între părți nu a intervenit în realitate actul public. Așadar, fictivitatea constituie singurul caz de simulație absolută. De pildă, cazul înstrăinărilor fictive (actul public prevede încheierea unui contract de vânzare-cumpărare, iar în actul secret se prevede că nu au intervenit raporturile juridice *interpartes* și, pe cale de consecință nu s-a produs niciun efect).

Într-adevăr, părțile disimulează complet realitatea, iar acordul simulatoriu prevede faptul că actul public nu produce niciun efect juridic, fiind inexistent (nu a intervenit între părți). De cele mai multe ori se recurge la acest procedeu, fie pentru a eluda dispozițiile legale imperative, fie pentru a vătămate interesele altor persoane. În practica judiciară se regăsesc numeroase aplicații ale procedurii fictivității, și anume: donația fictivă, societatea fictivă, partajul fictiv etc.

Procedul deghizării. În acest caz, părțile urmăresc prin intermediul actului public să ascundă: fie natura juridică a actului secret -deghizarea totală-, fie anumite elemente ale actului secret -deghizarea parțială-. De asemenea, deghizarea se înfățișează sub forma unei simulații relativă obiectivă. Deghizarea este *totală* dacă se urmărește să se ascundă natura actului secret, și anume: în actul public se indică un anumit contract, iar în actul secret se arată adevăratul contract dintre părți. De pildă, o donație este deghizată sub forma unui contract de vânzare-cumpărare sau de întreținere fictiv).

Deghizarea este *parțială*⁴⁵ dacă se urmărește să se ascundă anumite elemente ale actului secret, și anume: în actul public se indică un anumit preț (mai mare sau mai mic), iar în actul secret se arată adevăratul preț.

Procedul interpunerii de persoane. În acest caz, actul public se încheie cu o anumită persoană, iar actul secret precizează faptul că adevăratul beneficiar este o altă persoană. De pildă, o donație prin interpunere de persoane cu scopul de a gratifica o persoană incapabilă de a o primi. Așadar, actul public își va produce efecte între persoanele menționate în actul secret. Părțile actului public urmăresc ca efectele să se producă față de o altă persoană, anonimă⁴⁶. De asemenea, interpunerea de persoane se înfățișează sub forma unei simulații relativă subiectivă.

Secțiunea a 4-a. Efectele simulației

§1. Considerații introductive

Noul Cod civil reglementează de o manieră expresă efectele juridice convenite instituției juridice a simulației. Sunt prevăzute ca raporturi juridice derivate din simulație efectele între părți, față de terți și raporturile cu creditorii. Simulația constituie, între anumite limite, o operațiune juridică valabilă și, pe cale de consecință, dă naștere unor efecte juridice, astfel:

- între părți,
- față de terți și
- între terți.

§2. Efectele între părți

Art. 1289 C. civ. reglementează *efectele între părți*:

(1) Contractul secret produce efecte numai între părți și, dacă din natura contractului ori din stipulația părților nu rezultă contrariul, între succesorii lor universali sau cu titlu universal.

(2) Cu toate acestea, contractul secret nu produce efecte nici între părți dacă nu îndeplinește condițiile de fond cerute de lege pentru încheierea sa valabilă.

Pornind de la faptul că voința internă are întâietate, în raporturile dintre părți își produce efecte numai actul secret, întrucât reprezintă voința reală a contractanților. Așadar, simulația apare ca fiind ascunderea voluntară a adevăratelor intenții față de terți, exprimată prin intermediul unui act secret. Într-adevăr, actul secret trebuie să îndeplinească toate **condițiile de validitate (de fond)**, prevăzute la art. 1179 alin. (1) C. civ., și anume: capacitatea de a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit, o cauză licită și morală.

Mai mult decât atât, contractul se produce efecte și între succesorii universali sau cu titlu universal, dacă nu rezultă contrariul din natura contractului ori din stipulația părților. În plus, avânzii cauză (universali sau cu titlu universal) *vor fi asimilați terților* și, pe cale de consecință, *vor dovedi simulația cu orice mijloc de probă*, dacă le-ar fi fost fraudate interesele

și, pe cale de consecință, ar invoca în această situație un drept propriu. În acest caz, situația de parte se metamorfozează în cea de terț.

§3. Efectele față de terți

Art. 1290 C. civ. reglementează *efectele față de terți*:

(1) Contractul secret nu poate fi invocat de părți, de către succesorii lor universali, cu titlu universal sau cu titlu particular și nici de către creditorii înstrăinătorului aparent împotriva terților care, întemeindu-se cu bună-credință pe contractul public, au dobândit drepturi de la achizitorul aparent.

(2) Terții pot invoca împotriva părților existența contractului secret, atunci când le vatămă drepturile.

Față de terți, numai actul public își va produce efecte, întrucât se consideră că aceștia nu au avut cunoștință despre operațiunile juridice ascunde întrucipate de către părți. Așadar, situația juridică născută din actul secret le este inopozabilă, putându-l ignora. Însă, dacă terții ar cunoaște existența actului secret nu ar mai beneficia de sancțiunea specifică în materia simulației, și anume actul secret le-ar fi opozabil. Pentru a putea invoca inopozabilitatea față de ei a actului secret, terții trebuie să fie de bună-credință la data încheierii simulației. Mai mult decât atât, terții pot invoca împotriva părților existența contractului secret, dacă le vatămă drepturile.

§4. Efectele între terți

Art. 1291 C. civ. reglementează *raporturile cu creditorii*:

(1) Existența contractului secret nu poate fi opusă de părți creditorilor dobânditorului aparent care, cu bună-credință, au notat începerea urmăririi silite în cartea funciară sau au obținut sechestrul asupra bunurilor care au făcut obiectul simulației.

(2) Dacă există un conflict între creditorii înstrăinătorului aparent și creditorii dobânditorului aparent, sunt preferați cei dintâi, în cazul în care creanța lor este anterioară contractului secret.

În situația în care se ivește un conflict de interese între terți, vor avea câștig de cauză numai aceia care s-au întemeiat cu bună-credință pe actul aparent. Aceștia creditorii nu au avut posibilitatea să cunoască existența contractului secret.

Secțiunea a 5-a. Acțiunea în simulație

§1. Regimul juridic

În literatura de specialitate acțiunea în simulație a fost definită ca fiind „acea acțiunea prin care se cere instanței de judecată să constate existența și conținutul actului secret cu scopul de a înlătura actul aparent sau acele clauze ale sale care anihilează sau maschează actul real⁴⁷⁷”.

În nume propriu, acțiunea în simulație poate fi considerată ca fiind cea acțiune în justiție al cărei scop este de a stabili existența și conținutul actului secret *inter partes*, și pe cale

de consecință, inexistența actului aparent. În plus, efecte juridice ale aparenței nu pot vătăma drepturile și interesele părților. În caz de vătămare, terții pot recurge la toate mijloacele prevăzute de lege pentru a obține înlăturare situației juridice create.

În literatura de specialitate s-a susținut și teza potrivit căreia „acțiunea în simulație nu are sens în sine, pentru că denunțarea minciunii juridice realizate prin simulație nu constituie decât o etapă necesară pentru a se ajunge la adevărata realitate contractuală, cu scopul ca, mai apoi, să se ceară desființarea acesteia ori executarea obligațiilor pe care ea le-a generat. Din aceste motive, acțiunea în simulație însoțește sau se grefează întotdeauna pe o altă acțiune, iar cea din urmă va impune atât sancțiunea, cât și regimul general de admisibilitate al acțiunii în acțiunii⁴⁸.

Situația juridică aparentă poate fi înlăturată pe calea unei acțiuni în justiție, și anume acțiunea în simulație. În caz de exercitare a unei acțiuni în declararea simulației, terții părăsesc situația pasivă și conferă o atitudine ofensivă înțelegerilor *interpartes*. Scopul acestei acțiuni în justiție îl constituie identificarea caracterului simulat al actului secret, având drept consecință stabilirea voinței reale a părților. În concret, acțiunea în simulație are natura juridică a unei acțiune în *constatare*, fiind imprescriptibilă și poate fi intentată de către *orice persoană interesată* (una dintre părți, succesorii în drepturi, terții propriu-zisi), pe cale de acțiunea sau de excepție.

În acest caz, soluția este în deplină concordanță cu principiul potrivit căruia aparența de drept poate fi înlăturată oricând, actul juridic simulate nefiind susceptibil de consolidare, prin trecerea timpului⁴⁹. De asemenea, acțiunea în simulație poate fi dublată și de o acțiune în nulitate în acele cazuri în care simulația are la bază o încălcare a dispozițiilor legale imperative sau de o altă acțiune în executarea sau rezoluțiunea contractului secret pentru neexecutare⁵⁰. În plus, acțiunea în simulație poate fi dublată de o acțiune în nulitate, dacă simulația s-a înfăptuit cu încălcarea dispozițiilor legale imperative sau a ordinii publice.

§2. Delimitare conceptuală

2.1. Acțiunea oblică

Acțiunea oblică reprezintă acea acțiune în justiție prin intermediul căreia creditorul exercită drepturile și acțiunile debitorului, dacă acesta refuză sau neglijează să le exercite în prejudiciul creditorului. De asemenea, acțiunea oblică mai este cunoscută și sub denumirea de indirectă sau subrogatoriu, cu explicația că poate fi exercitată de către creditor în locul debitorului său.

Noul cod civil clasifică acțiunea oblică ca fiind o măsură de conservare a gajului general al creditorilor (art. 1558 C. civ.). Delimitarea operațiunilor juridice **prezintă o importanță practică** sub următoarele aspecte:

a. temeiul juridic diferit: *acțiunea în simulație* este reglementată prin intermediul dispozițiilor art. 1289 C. civ., iar *acțiunea oblică* este prezentă prin intermediul dispozițiilor art. 1560 C. civ.;

b. regimul juridic diferit al sferei de aplicabilitate: *acțiunea în simulație* se circumscrie, atât contractelor, cât și actelor juridice unilaterale supuse comunicării, iar *acțiunea oblică* se circumscrie, între anumite limite, drepturilor și acțiunilor patrimoniale ale debitorului;

c. aprecierea naturii juridice: *acțiunea în simulație* este o acțiune reparatorie, iar *acțiunea oblică* este o acțiune conservatorie;

d. aprecierea modului de acționare: *în cadrul acțiunii în simulație*, creditorul chirografar acționează **în nume propriu** (acțiune individuală), iar *în cadrul acțiunii oblice*, creditorul acționează **în numele debitorului** (acțiune colectivă);

e. regimul juridic diferit al admitterii: *acțiunea în simulație* profită numai creditorului ce a intentat-o, iar *acțiunea oblică* profită tuturor creditorilor debitorului;

f. regimul juridic diferit al efectului: *în cazul acțiunii în simulație*, efectul principal constă în inopozabilitatea actului secret față de terți, iar *în cazul acțiunii oblice*, efectul principal constă în conservarea patrimoniului debitorului.

2.2. Acțiunea revocatorie (pauliană)

Acțiunea revocatorie (pauliană)⁵¹ desemnează acea acțiune în justiție prin intermediul căreia creditorul solicită să fie declarate inopozabile față de el actele juridice încheiate de către debitorul în fraudă drepturilor sale.

Delimitarea operațiunilor juridice **prezintă o importantă practică** sub următoarele aspecte:

a. temeiul juridic diferit: *acțiunea în simulație* este reglementată prin intermediul dispozițiilor art. 1289 C. civ., iar *acțiunea revocatorie* este prezentă prin intermediul dispozițiilor art. 1562 C. civ.;

b. regimul juridic diferit al sferei de aplicabilitate: *acțiunea în simulație* se circumscrie, atât contractelor, cât și actelor juridice unilaterale supuse comunicării, iar *acțiunea revocatorie* se circumscrie, între anumite limite, drepturilor și acțiunilor patrimoniale ale debitorului;

c. regimul juridic diferit al efectului: *în cazul acțiunii în simulație*, efectul principal constă în inopozabilitatea actului secret față de terți, iar *în cazul acțiunii revocatorii*, efectul principal constă în repararea pagubei create printr-un act juridic real și fraudulos.

2.3. Acțiunea directă

Acțiunea directă desemnează acțiunea în justiție prin care se recunoaște unui creditor posibilitatea de a cere direct plata unui subdebitor.

Sub o altă ordine de idei, creanța urmărită va intra direct în patrimoniul creditorului și conferind acestuia din urmă un drept propriu de acțiune.

Delimitarea operațiunilor juridice între ele **prezintă o importantă practică** sub următoarele aspecte:

a. aprecierea condițiilor de admisibilitate: *în cazul acțiunii în simulație*, reprezintă condiții: dovada existenței actului secret și dovada a interesului serios și legitim; *în cazul*

acțiunii directe, reprezintă condiții: să existe o dispoziție legală permisivă și creanță să fie certă, lichidă și exigibilă.

b. regimul juridic diferit al efectului: în cazul acțiunii în simulație, efectul principal constă în inopozabilitatea actului secret față de terți, iar în cazul acțiunii directe, efectul principal constă în posibilitatea creditorului de a obține în mod direct plata de la un subdebitor.

Secțiunea a 6-a. Concluzii

Sub aspect terminologic, denumirea de „simulație” este intim legată de intenția de a simula. Astfel, simulația se prezintă drept o aparență himerică.

Regimul juridic noțional nu a fost reglementat în mod expres de către legiuitor, ci literatura de specialitate a fost preocupată cu analiza și explicarea noțiunii de simulație.

Mai mult decât atât, s-au identificat în mod benefic scopurile și limitele simulației pentru a se consolida sfera de aplicabilitate și efectele fiecărui caz de simulație în parte.

Mergând pe linia explicațiilor, literatura de specialitate a simțit nevoia unei delimitări conceptuale între simulație și alte construcțiuni juridice asemănătoare, de pildă: dolul, fraudă etc.

Într-adevăr, simulația a fost concepută ca având anumite principii ce au permis regimul său juridic și repercusiunile.

Cât privește regimul probator al simulației, noul Cod civil a tranșat dovada în mod diferit, și anume: pe de o parte, între părți, iar pe de altă parte, de către terți și creditori.

S-au prezentat și sancțiunile incidente în materia simulației; sancțiuni determinate, fie de salvagardarea intereselor legitime ale terților, fie de scopul în sine – fraudă-.

De asemenea, era necesar să se delimiteze formele simulației de procedeele prin intermediul cărora se realizează.

În final, acțiunea în simulație a beneficiat de o analiză *in extenso* asupra regimului său predilect, cât și de o delimitare conceptuală față de instituțiuni juridice precum acțiunea oblică, acțiunea revocatorie sau acțiunea directă.

* Iulian Dedu, masterand Facultatea de Drept, Universitatea Transilvania Brașov, email: iulianionutdedu@yahoo.ro.

¹ Legea nr. 287/2009 privind Noul cod civil, republicată în M. Of. nr. 505/2011.

² Pentru o privire asupra teoriei generale a simulației în materie de donații, a se cerceta P. Bonnacarrère, *Droit roumain de l'action pecuniae constitutae. Droit français de la simulation dans les donations. There pour le doctorat*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, Paris, 1896, p. 6.

³ În acest sens, a se cerceta atât literatura de specialitate română, L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, vol. I., Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1993, pp. 114-126; G. Chivu, *Simulația în teoria și practica dreptului civil*, Ed. Argonaut, Cluj Napoca, 2001, p. 80 și urm; D. Cosma, *Teoria generală a actului juridic civil*, Ed. Științifică, București, 1969, pp. 394-396; Fr. Deak, *Curs de drept civil. Dreptul obligațiilor, Partea I. Teoria generală a obligațiilor*, Universitatea București, 1960, pp. 153-155; Fl. A. Baias, *Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. Rosetii, București, 2003, pp.11-202.; P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept*

- privat*, Ed. Rosetti, București, 2003, pp. 241 și urm., cât și literatura de specialitate franceză : H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales*, Librairie de la Cour d'appel et de l'ordre des avocats, Paris, 1929 p. 287 și urm; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome deuxième, Ed. Librairie générale de droit&de jurisprudence, neuvieme edition, Paris, 1923, p. 420; L. Baur, *Des fidéicomis, des contre-lettres. Thèse pour le doctorat*, Imprimerie Berger-Levrault et C, Nancy, 1885, p. 6; J.-B.-A. Hureauux, *Traité du droit de succession*, Tome V., Éditeur: A. Marescq aîné (Paris) et G. Letellier (Charleville), 1808, p. 10 și urm.; M. Chardon, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, Tome 3, Éditeur: Comynet (Avallon), 1828, p. 1.
- ⁴ Cât privește *normele tranzitorii*, se ia în considerațiune art. 109 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a a noului Cod civil (Publicată în M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011) care precizează faptul că „dispozițiile art. 1289-1294 din Codul civil se aplică numai în cazul în care contractul secret este încheiat după intrarea în vigoare a Codului civil”.
- ⁵ Pentru o trecere a revistă a efectelor simulației, a se cerceta P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 489 și urm.
- ⁶ Simulația indică, luând în considerare sensul etimologic, înțelegerea dintre două sau mai multe persoane pentru a da unui lucru aparența altuia. A se vedea, M. Saint-Bonnet, *Nouveau dictionnaire de droit français à l' usage de tout le monde (Deuxième tirage)*, Éditeur : A. Durand et Pedone-Lauriel, libraires-éditeurs, Paris, 1872, p. 554.
- ⁷ Pentru explicațiuni asupra câmpului de aplicabilitate al simulațiunii, a se vedea I. Dogaru, P. Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C. H. Beck, București, 2014, p. 193 și urm.
- ⁸ Pentru detalii asupra construcțiunii simulației în dreptul privat, a se cerceta A. Pop, Gh. Beleiu, *Drept civil. Teoria generală a dreptului civil*, Universitatea București, 1989, p. 329 și urm.
- ⁹ M. Planiol, *op. cit.*, Paris, 1923, pp. 420-421.
- ¹⁰ În privința acestora se aplică art. 1266 alin. (1) C. civ. care dispune astfel: „contractele se interpretează după voința concordantă a părților, iar nu după sensul literal al termenilor”.
- ¹¹ A se vedea, I. Dogaru, P. Drăghici, *op. cit.*, p. 193.
- ¹² În această privință, simulația a fost determinată ca fiind un acord de voință unic, cu două fețe opuse. A se vedea, P. C. Vlăchide, *Repetiția principiilor de drept civil*, vol. II, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 79 și urm.
- ¹³ Pentru o cercetare minuțioasă, a se vedea Fr. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2005, p. 448; De asemenea, nu este suficient doar a constata prezența simulației, ci trebuie să deducem anumite condiții de admisibilitate în prezența cărora aceasta este pe deplin recunoscută. Așadar, s-a susținut în literatura de specialitate franceză, faptul că am fi în prezența unei simulații numai dacă sunt îndeplinite cumulativ patru condiții:
- existența părților simulante;
 - existența unui act juridic fictiv în totalitate sau în parte;
 - existența unui acord fie între cei care încheie actele juridice (acord bilateral), fie între cel care îl încheie și cel pe care îl vizează în mod direct (acord unilateral);
 - răsrângerea asupra voinței părților. A se vedea, L. Baur, *op. cit.*, p. 3.
- ¹⁴ Prin contraînscris se înțelege contractul (în sensul de operațiune juridică - *negotium*) întocmit de către părți și ținut secret cu scopul de a înlătura sau modifica efectele unui contract public, aparent. În concepția noastră caracterul secret al contraînscrisului poate fi de natură relativă, fiind cunoscut și de către alte persoane (nu doar părțile contractante sau terții). Așadar, este irelevant faptul că actul secret a fost cunoscut și de către alte persoane. Justificarea caracterului relativ a dat naștere posibilității unui concurs între creditori.

- ¹⁵ Nu se înlătură caracterul secret al contractului *interpartes* în situații precum: acordarea de dată certă, evidențele contabile, hârtiile domestice, încheierea în formă autentică notarială, înregistrarea la organele financiare/agricole.
- ¹⁶ Așadar, toate sistemele de publicitate ținute cu respectarea dispozițiilor legale dau naștere unei prezumții de cunoaștere. A se vedea, M. Tărăbaș, *Intabularea în cartea funciară. Noțiuni generale teoretice și aspecte ale practicii recente a instanțelor*, în C.J. nr. 6/2009, p. 328.
- ¹⁷ A se vedea, L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II. *Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 245.
- ¹⁸ Pentru actele deghizate prin simulație (negotia simulata), a se cerceta M. C. Aubry et M. C. Rau, *Cours de droit civil français*, Tome 5, traducere de către M. C. S. Zachariae, K. Eduard, Éditeur: F. Lagier, Strasbourg, 1839, p. 62 și urm.
- ¹⁹ Donațiile deghizate, ascunse sub forma unui contract de vânzare-cumpărare *sunt valabile* numai dacă sunt îndeplinite cumulativ două condițiile, și anume: părțile au capacitatea de a dispune și de a primi cu titlu gratuit și donațiile nu au o cauză ilicită.
- ²⁰ În acest sens, v. Trib. Suprem, Secția civilă, decizia nr. 2735/1988 în R.R.D. nr. 9/1989, p. 142 și urm.
- ²¹ Dolul se deosebește de simulație prin următoarele: pe când dolul este dirijat contra numai uneia dintre părți, fie de către o parte, fie de către un terț, simulație este o înțelegere între părți contra terților. Pentru o delimitare clară, a se vedea M. Planiol, *op. cit.*, p. 401.
- ²² Pentru o privire asupra simulației și disimulației în materie fiscală, a se vedea Revue du notariat sous la direction de M. D. Didio, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement ou Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière civile et fiscale (avec formules)*, Tome 18, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1880 p. 482 și urm.
- ²³ În acest sens, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 498.
- ²⁴ De asemenea, succesorii universali sau cu titlu universal *sunt asimilați părți* și considerați continuatori ai personalității juridice a autorului și, pe cale de consecință, au parte de același tratament juridic aplicabil și părților. Mai mult decât atât, avânzii cauză (universali sau cu titlu universal) *vor fi asimilați terților și vor dovedi simulația cu orice mijloc de probă*, dacă le-ar fi fost fraudate interesele și, pe cale de consecință, ar invoca în această situație un drept propriu.
- ²⁵ A se vedea, C.S.J., Secția civilă, decizia nr. 463/1993, în Dreptul nr. 7/1994, p. 85.
- ²⁶ În practica judiciară s-a decis faptul că suntem în prezența unui caz ce urmărește neutralizarea efectelor actului aparent și, pe cale de consecință, instanțele nu mai pot pretinde părții să facă dovada înscrisului secret, dacă simulația presupune doar existența acordului simulatoriu, fără a mai fi necesar un act care să materializeze înțelegerea ocultă a părților”. A se vedea, C.S.J., Secția civilă, decizia nr. 1823/1992, în Dreptul nr. 10-11/1993, p. 24.
- ²⁷ În acest sens, v. Trib. Suprem, Secția civilă, decizia nr. 854/1989, în Dreptul nr. 3/1990, p. 64.
- ²⁸ Această concepție a fost exprimată și în literatura de specialitate franceză clasică, a se vedea M. Planiol, *op. cit.*, p. 402 și urm.
- ²⁹ În acest sens, v. I. Adam, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, ed. a II-a revizuită și revăzută, București, 2014. p. 214.
- ³⁰ A se observa art. 992 C. civ. care dispune la aliniatul 1 faptul că „sanctiunea nulității relative prevăzute la art. 988 alin. (2), art. 990 și 991 se aplică și liberalităților deghizate sub forma unui contract cu titlu oneros sau făcute unei persoane interpuse”.
- ³¹ De o manieră asemănătoare dispune și art. 1033 alin. (1) C. civ.
- ³² v. *supra* Cauze care nu înlătură caracterul secret al contractului *interpartes*.
- ³³ Pentru o cercetare minuțioasă, a se vedea L. Josserand, *Cours de droit civil*, tome II, Paris, 1930, p. 152 și urm.

- ³⁴ A se vedea, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român*, vol. II., București, 1943, p. 55; Pentru existența simulației se cere ca actul secret, menit să modifice un act public, să fie întocmit concomitent sau anterior actului aparent. Înscrisul sub semnătură privată, nedatat, dar în cuprinsul căruia se face referire la actul public, menționându-se numărul și data autentificării acestuia la notariat, este în mod evident întocmit ulterior actului public și, deci nu poate servi ca probă a simulației. În acest sens, C.A. București, s. civ., dec. nr. 716/1998, în C.P.J.C. 1993-1998, nr. 82.
- ³⁵ A se vedea, C.S.J, s. civ., dec. nr. 2160/1992, în *Dreptul* nr. 10-11/1993, p. 124.
- ³⁶ În acest sens, C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 24; În acest sens s-a pronunțat și practica juridică: „anterioritatea sau simultaneitatea actului secret privește operația juridică, și nu înscrisul în care este consemnată înțelegerea părților. Esențial este ca înțelegerea părților, în sens de *negotium*, să fi fost anterioară sau concomitentă actului aparent, iar contractul secret, încheiat anterior, să fie în vigoare în momentul încheierii actului public și să rămână în vigoare. A se vedea, M. Gaiță, M. M. Pivniceru, *op.cit.*, p.56.
- ³⁷ Pentru o privire *in extenso*, v. Fl. Baiaș, *op. cit.*, p. 62.
- ³⁸ M.M. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, tome huitieme, cinquieme édition, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Paris, 1916, p. 15.
- ³⁹ L. Baur, *op. cit.*, pp. 3-5.
- ⁴⁰ Pentru a se vedea o delimitare între cele două contracte, în concepția autorului, v. Fl. Baiaș, *op. cit.*, p. 113; C. Stătescu, C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 79, L. Pop., *op. cit.*, (2009), p. 626; T.R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, p. 165.
- ⁴¹ Pentru o privire extinsă asupra împrumutului de nume (de *prête-nom*) ca varietate de mandat, v. Fr. Deak, St. O. Cărpenu, *Drept civil. Contractele civile. Dreptul de autor. Dreptul de moștenire*, Universitatea din București, 1983, p. 155; D. Alexandresco, *Drept civil. Despre contracte*, vol. IX, Ed. Academia, București, 1910, p. 555.
- ⁴² În acest sens, v. Fl. Baiaș, *op.cit.*, p. 98.
- ⁴³ Așadar, părțile stabilesc să nu existe nici un act între ele (de pildă, în caz de fictivitate).
- ⁴⁴ Cu trimitere la regimul juridic al simulației relative, a se vedea M. J. Dubreuil, *Observations sur quelques coutumes et usages de Provence recueillis par Jean de Bomy . Essais sur la simulation, sur la séparation des patrimoines, sur les obligations de la femme mariée et l'autorisation maritale*, 1815, Imprimerie D' Augustin Pontier, Aix, p. 107.
- ⁴⁵ Dacă părțile au recurs la o simulație prin deghizarea prețului, prețul real convenit de ele și care urmează a fi achitat efectiv de cumpărător este cel din actul secret, producător de efecte juridice exclusiv între părți, fiind lipsit de relevanță dacă respectiva chitanță a fost încheiată ulterior, câtă vreme convenția dintre părți a fost realizată anterior încheierii actului public.
- În acest sens, a se vedea C.A. București, s. civ., dec. nr. 536/2006, în C.P.J.C. 2006, p. 486.
- ⁴⁶ Pentru existența simulației, nu constituie contraînscriș înscrisul ce conține un act juridic (în sens de operațiune) și care are dată ulterioară actelor publice. Nu se poate vorbi de o simulație prin interpunere de persoane în condițiile în care pretinsul act secret are ca părți doar două persoane, iar pretinsele acte publice sunt încheiate între alte persoane, care nu au fost părți la actul secret. În acest sens, a se vedea C.A. București, s. civ., dec. nr. 38/2006, în C.P.J.C. 2006, p. 481.
- ⁴⁷ În acest sens, v. L. Pop. *op. cit.*, p. 236.
- ⁴⁸ A se vedea, v. P. Vasilescu, *op. cit.* p. 500.
- ⁴⁹ Pentru o privire detaliată, a se vedea Trib. Suprem., Secția civilă, decizia nr. 3009/1973, în Gh. Mișuță, *Repertoriu de practică judiciară în materia civilă a Tribunalului Suprem și a altor instanțe judecătorești pe anii 1969-1975*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1976, p. 121.
- ⁵⁰ În acest sens, L. Pop, *Tratat elementar de drept civil. Obligații*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 236; În practica juridică s-a reținut și faptul că „finalitatea acțiunii în declararea simulației, evident că

toate acțiunile formulate de părți vizând rezoluțiunea, rezilierea sau anularea actului secret nu pot fi concepute decât ca o consecință și în cadrul constatării simulației, pentru ca astfel să poate fi desființat și actul public aparent. Așadar, în raporturilor dintre părți, desființarea actului public operează automat ca o consecință directă a desființării actului secret, prin anulare, rezoluțiune, reziliere, fără ca instanța să se preocupe în mod distinct de desființarea lui”. A se vedea, .C.A. Ploiești, s. civ., dec. nr. 886/1997, www.legenet.indaco.ro.

⁵¹ Pentru o delimitare structurală între acțiunea subrogatorie, acțiunea în simulație și acțiunea pauliană, a se cerceta E. Ackermann, *De l'action paulienne en matiere civile. Thèse pour le doctorat*, Imprimerie Huder, Strasbourg, 1851, p. 1 și urm.