

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 4 / 2016
Octombrie – Decembrie

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: lect. dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii:** Laura Gutiérrez Masson, LA PESTILENTIA AEDIUM PASSEE SOUS SILENCE : VICE REDHIBITOIRE OU INACCOMPLISSEMENT CONTRACTUEL? * THE UNREVEALED PESTILENTIA AEDIUM: REDHIBITORY DEFAULT OR CONTRACTUAL NON-PERFORMANCE?..... 5

- » **Studii:** Felicia Roșioru, TRĂSĂTURILE DEFINITORII ALE CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ * LES TRAITS DÉFINITOIRES DU CONTRAT DE TRAVAIL * DEFINING FEATURES OF THE INDIVIDUAL LABOR CONTRACT 18

- » **Articole:** Marius Floare, ISTORICUL UNUI CONCEPT: PUTATIVITATEA CĂSĂTORIEI ÎN GÂNDIREA JURIDICĂ MEDIEVALĂ ȘI CONTEMPORANĂ * HISTORY OF A CONCEPT: PUTATIVE MARRIAGE IN MEDIEVAL AND CONTEMPORARY LEGAL THINKING 42

- » **Articole:** Luanda Hawthorne, CLOSING THE GAP BETWEEN FORMAL AND SUBSTANTIVE FREEDOM OF CONTRACT: CONSTITUTIONAL REALISATION OF SUBSTANTIVE FREEDOM ... 48

- » **Articole:** Călina Jugastru, CÂTEVA IPOSTAZE ALE AUTONOMIEI DE VOINȚĂ ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT * A FEW INSTANCES OF THE WILL AUTONOMY IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW 67

- » **Articole:** Bjarne Melkevik, L'EXIGENCE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE : « LE FAIRE JURIDIQUE » A L'ÉPREUVE DE LA CONFIANCE COSOCIÉTAIRE * THE REQUIREMENT OF LEGAL SECURITY: HOW SHOULD LEGAL SECURITY BE UNDERSTOOD? 91

- » **Articole:** Judit Molnár, János Székely, THE ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE IN ROMANIAN AND HUNGARIAN LAW OF CIVIL PROCEDURE 112

- » **Articole:** Gardiol van Niekerk, CIVIL-LAW ANTECEDENTS OF THE REGULATION OF POLYGYNY IN SOUTH AFRICAN LAW 131

- » **Articole:** Ioana Stupariu, A CASE FOR DISCOUNTING THE BACKLASH AGAINST THE BAN ON SMOKING IN PUBLIC PLACES. THE CASE OF ROMANIA 151

STUDII

**LA PESTILENTIA AEDIUM PASSEE SOUS SILENCE : VICE REDHIBITOIRE OU
INACCOMPLISSEMENT CONTRACTUEL?¹**

Laura GUTIÉRREZ MASSON*

Abstract: *The unrevealed pestilentia aedium: redhibitory default or contractual non-performance?*

The border between the redhibitory default and the contractual non performance regarding the insalubrity of a building that was not disclosed by the seller, is difficult to delimit because, in fact, it can be situated between both: either insisting in the fraud by the latter in order to claim for compensation for the benefit of the buyer, or on the substantial error of the latter, caused by the cheat of the seller, so as to declare the nullity of the sale of something that was not delivered.

Résumé: *La frontière entre le vice rédhibitoire et l'inaccomplissement contractuel, à propos de l'insalubrité d'un immeuble non dévoilée par le vendeur, s'avère difficile à tracer car, en fait, elle peut se situer entre les deux : soit en insistant sur le dol de celui-ci pour réclamer un dédommagement au profit de l'acheteur, soit sur l'erreur substantielle de ce dernier, provoquée par la tromperie du vendeur, pour proclamer la nullité de la vente qui a eu comme objet une chose qui n'a pas été délivrée.*

Keyword: *aequitas- aliud pro alio- duty to inform- error in substantia- fides- honestas- contractual non-performance- insalubrity – relative voidance- rescision- utilitas- vitium.*

SOMMAIRE : 1. Introduction : l'insalubrité de la maison vendue. 2. *Vitium rei* ou *aliud pro alio*? La question au sein de la jurisprudence et de la doctrine actuelle. 3. Le manque d'homogénéité dans le régime juridique prévu par les différents droits positifs. 4. Les sources romaines et son interprétation au sein de la tradition romanistique. 5. Les PECL : la personne raisonnable et les comportements standard dans l'accomplissement des obligations. 6. Conclusions.

1. Si nous tenons compte du rapprochement étymologique proposé par Ernout-Meillet entre *periculum* et *perire*², le rapport existant entre ces termes et ceux de *damnum* et *infectum*³ est très claire : le premier se réfère à la situation dans laquelle augmente la proximité du second, qui est un mal encore non produit mais que l'on craint se produira tôt ou tard, de telle façon que parmi les multiples définitions de *periculum* je soulignerai celle de risque de perte patrimoniale qui atteint un individu à cause de la destruction ou le détérioration imminent d'un bien qui lui appartient.

Nous retrouvons ce rapport chez St. Thomas⁴ quand il disait que le vendeur qui met à la vente une chose fournit à l'acheteur une occasion de perte (*damnum*) si il ne l'avertit pas du fait qu'elle est affectée d'un défaut qui diminue son prix, ou une occasion de danger (*periculum*) si son utilisation devient difficile ou nocive à cause de ce défaut, et il proposait comme exemple le fait de vendre une maison en ruines au lieu d'une solide, ou des aliments malsains et empoisonnés au lieu d'autres en bon état.

Le théologien médiéval reprenait ainsi un des fameux cas traités par Cicéron⁵ de la vente d'une maison insalubre, infestée de serpents (« *in omnibus cubiculis apparere serpentes* ») et construite avec des matériaux ruineux (« *male materiae et ruinosae* »), vices dont le vendeur était parfaitement conscient (« *ipse novit* ») tandis qu'ils étaient ignorés par tous les autres (« *ceteri ignorant* »).

Le *periculum pestilentiae* apparaît non seulement dans ces sources littéraires mais il est abordé par Ulpien dans son huitième livre de *disputationes* au D.21.1.49 à propos de la rédhibition de la vente d'un fonds pestilent⁶, et aussi par un rescrit de Dioclétien et Maximien de l'année 286 recueilli au Code de Justinien 4.58.4 au sujet de la vente d'un fonds qui produit des herbes pernicieuses et empoisonnées⁷.

Nombreuses et très intéressantes sont les questions suscitées parmi romanistes et civilistes européens, à travers l'histoire et encore de nos jours, à propos de la vente d'un immeuble dont l'insalubrité est passée sous silence par le vendeur pour induire l'acheteur à conclure le contrat ; questions telles que le différent traitement prévu par la loi positive et la loi naturelle ; la prévalence de l'*honestas* dans le contexte du modèle solidaire face à l'*utilitas* au sein du modèle antagoniste ; la valeur juridique du silence et de la *reticentia venditoris* ; le devoir d'information de sa part dans la phase de formation du contrat compensé par la diligence exigible à l'acheteur au moment de constater l'état et les caractéristiques de la chose et, finalement, son « negatives Vertragsinteresse », en expression de Ihering, à ne pas contracter. En tant que doctrine plus récente, je renvoie à la monographie de L. Solidoro *Gli obblighi di informazione a carico del venditore*⁸, où elles sont développées d'une façon ample et intelligente.

2. Pour ma part, je me suis fait la suivante réflexion : d'un côté la norme, d'un autre le cas réel qui réclame une solution pour résoudre le conflit d'intérêts, l'opération de subsumer l'un dans l'autre en tenant compte des circonstances qui confluent dans le second, tel est l'enseignement des juristes romains, mais que faire quand il existe plusieurs normes applicables avec des conséquences juridiques différentes ? La question se pose à cause du traitement contradictoire, et donc surprenant, qui est dispensé en voie judiciaire à la *pestilentia* en raison de la difficulté pour tracer la frontière entre le vice rédhibitoire et le manque de qualités essentielles qui affecte à la chose achetée⁹, étant donné le manque de normes – soit dans les divers droits nationaux, soit au sein du droit supranational européen – qui établissent avec exactitude quand la chose est seulement défectueuse et quand elle est différente de celle convenue entre les cocontractants¹⁰.

Lacune légale que la jurisprudence et la doctrine essayent de combler en assumant une fonction d'intégration qui se fonde sur la *fides* ou loyauté dans les négociations et sur l'*aequitas* en tant que correcteur de l'inégalité, ou manque d'équilibre entre les intérêts des parties, et de l'enrichissement injuste de l'une d'entre elles avec le détriment parallèle de l'autre.

Au sein du droit jurisprudentiel espagnol actuel la *quaestio facti* s'est posée dans nombreuses sentences, la plus récente date du mois de juin de 2015¹¹, dans laquelle la Cour de Cassation espagnole a appliqué la doctrine de « *aliud pro alio* » invoquée par le demandeur en première instance, en proclamant la résolution du contrat de vente d'un immeuble urbain affecté d'insalubrité, en raison de l'inaccomplissement essentiel de la part du vendeur qui a remis un bien inhabitable pour la finalité à laquelle il est destiné, avec l'insatisfaction qui en découle et le préjudice -patrimoniaire et moral- subi par l'acheteur qui devait en être dédommagé.

Concrètement, il s'agissait d'un local semi-cave où avaient été faits des travaux de rénovation et adaptation à logement sans les autorisations municipales requises et qui, se trouvant situé au-dessous du niveau des canalisations d'eau pluviale de la rue, souffrait toute sorte d'humidités et même d'inondations qui le rendaient inhabitable.

La Cour de Cassation a considéré que le vendeur n'avait pas accompli son obligation de remettre une chose identique à celle convenue (et avait donc transgressé les principes d'identité et d'intégrité de la prestation, proclamés à l'article 1468 du Code civil espagnol¹²), car il devait remettre un immeuble destiné à servir de logement et, par contre, il avait remis quelque chose où on ne pouvait pas vivre à cause de sa pestilence.

De sorte que sa responsabilité juridique ne proviendrait pas de l'existence d'un vice rédhibitoire susceptible de fonder les actions du droit edilice romain avec des conséquences sensiblement moins rigoureuses –tant au point de vue de la prescription que à celui de la dimension patrimoniale-, mais dans le fait d'avoir induit l'acheteur à acquérir une chose complètement différente de celle convenue, puisqu'elle manque d'un élément essentiel qui est l'habitabilité.

Cette résolution judiciaire suit ainsi les propositions doctrinales plus récentes qui ont insisté, au moment de configurer l'*aliud pro alio*, sur deux aspects : un subjectif, les besoins concrets qui ont poussé l'acheteur à acquérir, directement reliés à la formation de la volonté contractuelle, et un autre objectif qui consiste en la capacité de la *res tradita* pour développer la fonction socio-économique propre à la *res vendita*¹³, ce qui met l'accent sur l'obligation de remettre « *ipsam rem* » - déjà soulignée par Ulpien dans la première phrase de son commentaire à l'édit sur l'*actio empti* au D.19.1.11.1 et 2¹⁴: « *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet...* » - et non pas sur l'obligation de garantir son usage pacifique par manque de vices de tout genre. C'est à dire que la *pestilentia aedium* ne serait pas un hidden defect, mais bel et bien un cas de break of contract¹⁵.

3. Si nous tenons compte de la rédaction de l'article 1484 du Code civil espagnol, qui a suivi fidèlement son modèle français à l'article 1641¹⁶, tous deux insistant sur l'idée que les défauts occultes sont ceux qui la rendent non apte pour l'usage auquel elle est destinée, surgit alors inévitablement la question posée auparavant à propos de la frontière entre le vice rédhibitoire et le vice inhabilitant.

Le premier, nous le savons tous, légitime l'acheteur pour réclamer la protection édilice contre le vendeur qui a manqué à son devoir de garantie, au moyen de l'action rédhibitoire qui vise la rescision du contrat et l'indemnité des dommages avec un délai de six mois (art.1291.5 et 1490 du Code Civil¹⁷), encore plus bref et indéterminé en ce qui concerne le Codice civile italien qui dit que l'acheteur doit agir rapidement pour faire valoir les vices(art.1495).

Tandis que le second, le vice inhabilitant, permet d'annuler le contrat en raison de l'inaccomplissement de l'obligation de délivrance et en se fondant sur le dol du vendeur ainsi que sur l'erreur corrélatrice de l'acheteur avec un délai de 4 ans (art.1301 Code civil espagnol¹⁸) avec la finalité d'obtenir la restitution réciproque de la chose et ses fruits, ainsi que le prix avec ses intérêts. Pour sa part le BGB allemand prévoit le délai d'un an (&124.1 et 2)¹⁹ pour demander l'annulation de la déclaration affectée de tromperie avec dol et, finalement, pour bien confirmer le manque total d'homogénéité entre les droits européens, le Code civil français a assimilé l'action de nullité, qui auparavant se basait sur la loi ou sur la coutume, et l'action de rescision, qui en invoquant le *ius commune* en tant que droit supplétoire exigeait une autorisation royale ou une lettre de rescision du roi ; alors que pour le droit espagnol il s'agit de deux voies procédurales différentes.

En fait, la simplicité de l'énoncé de l'article 1603 du Code Civil français suivant lequel « le vendeur a deux obligations principales, celles de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend » ne correspond pas du tout à la complexité de la discussion doctrinale ni à l'évolution jurisprudentielle qu'elle a suscitées.

La vente d'un immeuble inhabitable à cause de son insalubrité connue et tue par le vendeur implique le concours de deux éléments, ou si l'on préfère les deux aspects d'un même phénomène : 1) d'une part, la *scientia venditoris* avec le corrélatif *dolus causam dans contractui* ou dol d'omission déterminant, car si il n'avait pas existé le contrat ne se serait pas conclu et 2) d'une autre, la *nescientia* ou *ignorantia emptoris* qui le fait tomber dans une fausse représentation de la réalité ou *error in substantia* croyant qu'il acquiert un logement quand en vérité il s'agit de quelque chose non susceptible d'être utilisé comme tel en raison de la *pestilentia* ; c'est à dire que le piège tendu par le vendeur consistant à étouffer l'insalubrité porte l'acheteur à une fausse identification de la chose.

4. Déjà la Scolastique espagnole tardive, nous le voyons chez Lessius²⁰, avait traité de façon unitaire le dol et l'erreur *in contrahendo*²¹ comme cause de nullité relative, ou annulabilité du contrat²² *in favorem decepti*, c'est à dire que l'acheteur pouvait l'annuler en exigeant au vendeur la *restitutio in integrum* et l'indemnité des dommages, ce qui semble anticiper la théorie de Ihering de son intérêt négatif ou à ne pas contracter.

Huges de Grooth a accueilli la pensée scolastique en distinguant l'*error circa substantiam rei* (en termes modernes erreur-vice ou motif), assimilé au dol déterminant, de l'erreur sur des aspects accidentels comparé au dol d'incident : selon le précurseur de l'Ecole de droit naturel, qui a soutenu aussi l'idée de la nullité relative de l'acte affecté par le premier, il s'agissait d'une distinction qui procédait des sources romaines²³.

Certes, il est bien connu que l'*error in substantia* avait été question controversée parmi les juristes classiques, car tandis que Marcel et Paul (D.19.1.21.2) avaient soutenu qu'il n'affectait pas la validité de la vente si les parties avaient consenti sur l'objet²⁴, Ulpien dans ses commentaires à l'Édit avait repris le critère de Julien²⁵ – et en s'appuyant sur le fait qu'il aurait été absurde d'attribuer du consentement à l'aveugle ou au profane en la matière²⁶ et en appliquant des termes métaphysiques d'inspiration aristotélicienne²⁷ – s'était incliné pour la nullité comme règle générale avec la seule exception de la vente de vinaigre au lieu de vin, si ce dernier s'était aigri car il s'agissait de la même substance ; tandis que si il s'était agi de vinaigre dès le début la vente était également nulle car on avait vendu une chose au lieu d'une autre (D.18.1.9.2)²⁸.

Dans la même ligne, était nul le contrat affecté par une erreur sur le sexe du *servus* acheté (D.18.1.11.1)²⁹, car il est clair que appartenant à un genre différent ils ne pouvaient pas être destinés à la même finalité, tandis que le manque de virginité, la stérilité ou l'âge avancé de l'*ancilla* passés sous silence par le vendeur n'affectait pas la validité (D.18.1.11.5)³⁰ et ne constituait même pas un vice rédhibitoire ; cependant pour l'école sabinienne dont le critère a été repris par Ulpien, l'*emptor deceptus* pouvait entamer l'*actio empti* pour résoudre la vente (D.19.1.11.5 Ulpien 32 *ad edictum*) ou, selon Paul, pour obtenir un dédommagement dans la mesure où lui aurait convenu ne pas souffrir la tromperie (D.19.1.21.2)³¹.

La solution offerte par ce dernier juriste à la stérilité et à la vieillesse de la femme esclave est pour le moins surprenante, car la finalité socio-économique qui avait vraisemblablement porté l'acheteur à l'acquérir étant la reproduction celle-ci s'avérait impossible dans les deux cas : voilà pourquoi Cujas³² avait soutenu l'altération du texte paulin et proposé la correction de l'édition Florentine « *in emptionem non esse* », admise par d'autres humanistes comme Godefroy et Antonio Agustín, mais qui n'a pas été suivie par les éditions plus notables du Digeste, comme l'*editio maior* de Mommsen³³.

Si nous revenons au D.18.1.9.2, la solution offerte par Ulpien se basait sur le sens plus fonctionnel que matériel attribué para les romains au terme *substantia*³⁴, conçue comme le destin pour lequel était prévue la chose, soit le commun inhérent à elle-même soit le spécifique envisagé par l'acheteur et non refoulé (donc admis) par le vendeur : ainsi, le travail du *servus*, la procréation de l'*ancilla*, la consommation du vin, etc... qui se trouvaient à la base de la volonté contractuelle du premier et dont la fausse identification – en lui attribuant une finalité essentielle impossible d'accomplir – provoquait la nullité de l'acte juridique ; malgré tout, il s'agissait d'une nullité relative car l'acheteur pouvait réclamer l'*id quod interest* avec l'*actio empti* dans la mesure où lui aurait convenu ne pas souffrir la tromperie, ce qui était une évidente *contradictio in terminis* car si la vente était nulle elle ne pouvait pas déclencher d'actions ; contradiction éludée par certains humanistes tels que Antoine Fabre³⁵ grâce à la *fides bona* et à l'*aequitas* qui, selon lui, protégeaient l'acheteur au-delà de la validité formelle du négoce³⁶.

Le iusnaturalisme français³⁷ a insisté sur la liberté et la connaissance comme piliers de la volonté contractuelle, dont l'absence provoquait la nullité du contrat, mais si elle était due à une des parties celle-ci était obligée de dédommager les préjudices causés à l'autre, en la remettant dans la même situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle ne l'avait pas conclu, ce que Ihering a qualifié deux siècles plus tard de « *negatives Vertragasinteresse* ».

Pothier dans ses *Pandectae iustinianae*³⁸ a expliqué que l'action pour obtenir le dédommagement ne pouvant être l'*actio empti* directe puisque il s'agissait d'une vente nulle, était alors envisageable une *actio in factum* octroyée *utiliter* par le prêteur et misant sur l'équité.

Dans son traité sur la vente³⁹ il a insisté sur l'idée que l'égalité entre les parties et la bonne foi devaient induire le vendeur à informer à l'acheteur de tout ce qui lui convenait de savoir, comme l'avaient préconisé les juristes romains en songeant même à établir une *poena reticentiae* - conformément à la version offerte par Cicéron dans son traité sur les devoirs déjà cité⁴⁰ - en se fondant sur le fait que l'union et l'amour entre les hommes ne permet pas l'enrichissement injustifié des uns qui causeraient des préjudices aux autres⁴¹.

Nonobstant, des juristes de l'époque classique centrale et tardive, comme Pomponius, Ulpien et Paul, avaient admis la légitimité au sein du contrat de vente de rechercher le propre bénéfique au détriment du cocontractant : *circumventio* et *circumscriptio* (D.44.16.4 et D.19.2.22.3)⁴² – plus propres à ce que actuellement nous qualifions de modèle antagoniste dans le système juridique anglosaxon, au sein duquel il n'existe pas une règle générale qui impose l'obligation d'informer dans la phase de négociation contractuelle⁴³–, dont Bugnet – le commentateur de Pothier – a profité pour insister dans le sens qu'une interprétation forcée de la bonne foi exigerait trop du vendeur et rendrait impossible le commerce⁴⁴.

Pour sa part, Pothier avait mis en relief le fait que tels principes, la bonne foi et l'équité, étaient peu appliqués par les cours françaises en raison de la sécurité juridico-commerciale et en faisant retomber la responsabilité sur l'acheteur qui n'avait pas agi avec la diligence requise dans l'appréciation de la chose⁴⁵.

Dans le cas concret qui nous occupe, il n'a même pas qualifié la *pestilentia aedium* de vice rédhibitoire car dans l'exemple cicéronien il s'est concentré seulement sur l'état ruineux de la maison –de toute évidence facile à constater d'un simple coup d'œil–, sans mentionner l'insalubrité produite par les serpents et les humidités, de telle façon que l'acheteur devait assumer le *periculum* par manque de sa propre inspection ou d'en avoir chargé à un expert.⁴⁶

Les propositions du iusnaturalisme ont laissé leur marque sur la commission de codification napoléonienne : ainsi a exprimé Portalis dans son discours préliminaire du Code Civil que « l'homme qui a affaire avec un autre homme doit être prudent, veiller à son intérêt, obtenir les informations pertinentes et ne pas délaissier ce qui est utile, car la loi peut protéger contre la fraude mais ne doit pas dispenser d'employer la raison », ce qui a pris forme avec la rédaction de l'article 1642 du Code Civil⁴⁷, conformément à laquelle le vendeur n'est pas responsable des vices dont l'acheteur a pu s'enquérir soi-même, nuancée par le Code civil espagnol qui exempt de responsabilité le vendeur en cas d'expertise de ce dernier à cause de sa profession (art.1484)⁴⁸.

Cette rédaction, soutenue par la finalité de partager de façon équitable le risque contractuel, a été invoquée maintes fois par le défendeur après avoir vendu un logement affecté, non pas de peste mais d'aluminose – pathologie chimique du ciment qui collapse la structure de l'édifice, situation anticipée par Doneau à propos de la poutre malsaine qui pouvait en contaminer d'autres⁴⁹–, quand l'acheteur s'est fait accompagner par un professionnel de la construction dans une de ses visites antérieures à l'achat : illustrative dans ce sens la sentence de l'Audience Provinciale de Palma de Majorque 243/2010 du 29 juin⁵⁰ qui, cependant, a confirmé la sentence

condamnatoire de première instance, qui était allée au-delà du vice rédhibitoire, en appréciant un cas de *aliud pro alio* dans la même ligne d'arguments que celle de la Cour de Cassation avec laquelle j'ai commencé mon exposé.

Les deux résolutions judiciaires s'ajustent tout à fait à l'encadrement constitutionnel qui proclame le droit fondamental de jouir d'un logement digne et adéquat (article 47 de la Constitution espagnole) et aux interventions postérieures et successives du législateur espagnol⁵¹. Parmi elles s'avère spécialement intéressant l'Avant-Projet de Loi de modification du Code Civil proposé en 2005 par la Commission Générale de Codification qui assimilait l'*aliud pro alio* au manque de conformité, en leur procurant plusieurs remèdes alternatifs pour l'acheteur : exiger l'accomplissement exact au moyen de la réparation ou de la substitution -suivant ainsi la ligne du BGB allemand-, ou la rescision du contrat ou la réduction du prix et une indemnité des préjudices compatible avec chacun des trois *petita* proposés.

5. En dernier lieu, et quant au droit international, je trouve spécialement intéressant (comme l'avait déjà remarqué Zimmerman⁵²) l'article 1106 des PECL, qui exige la mise en pratique des droits et l'accomplissement des obligations non seulement de conformité avec la bonne foi mais aussi à la négociation loyale, et incorpore à maintes reprises tout au long de ses articles la clause de style « good faith and fair dealing », qui implique la transparence dans les tractations, l'honnêteté et la loyauté dans les transactions.

De façon plus spécifique, l'article 1202⁵³ consacre le *cooperativ model* déjà mentionné en parlant du devoir de collaborer avec l'autre partie pour que le contrat produise tous ses effets, l'article 4 prévoit l'annulation du contrat en cas de silence malicieux équivalant au dol⁵⁴ et l'article 1301⁵⁵ – clé pour la question qui nous occupe – définit le manque de respect d'un tel devoir comme un cas d'inaccomplissement et considère un élément du contrat comme étant « substantiel » lorsque toute autre personne raisonnable, qui se retrouverait dans la même situation, comprendrait qu'il aurait une influence déterminante chez l'autre cocontractant au moment de prendre sa décision d'accepter les conditions ou de formaliser le contrat.

De la perspective comparatiste, nous pouvons apprécier une fois de plus comment la bonne foi et l'équité sont le dénominateur commun des droits civils nationaux sur lequel siège la culture juridique européenne : la personne raisonnable des PECL nous rappelle beaucoup le *bonus vir* romain qui devait non seulement fournir à son acheteur la possession pacifique de la chose, mais aussi la possession utile⁵⁶-désignée comme le *recte habere licere* par Doneau-, c'est à dire celle qui lui permet de l'utiliser sans crainte du *periculum* et conformément à l'usage qui découle de sa *substantia*.

6. Ainsi, dans le dilemme cicéronien⁵⁷ entre la justice, qui incite à respecter son prochain, et la sagesse, qui l'induit à satisfaire ses propres besoins sans s'en inquiéter, les juges européens actuels –en concevant leur *officium* comme intégration et correction de la loi quand celle-ci est muette, obscure ou insuffisante- recherchent la vraie volonté contractuelle des parties, qui au-delà du dogme codificateur de la libre détermination, doit être nuancée, aussi bien par les comportements standard à observer par chacune des parties dans une situation juridique-type, que par la finalité socio-économique qui lui sert de support.

Ces comportements standard furent exprimés de façon remarquable par Florentin dans ses Institutions⁵⁸, quand il disait que le vendeur –reprenant le discours cicéronien (*De officiis* 3.12.51)⁵⁹- devait s’abstenir non seulement de parler, mais aussi de dissimuler d’une façon obscure pour tromper l’acheteur, et de même qu’il n’était pas obligé de déclarer qu’il vendait une *domum bene aedificatam*, il est raisonnable d’interpréter *a sensu contrario* que, par contre, il était tenu de déclarer son état ruineux et malsain.

De nos jours, toutes ces considérations appliquées au *periculum pestilentiae aedium* portent les juges à préférer dans nombreux cas, face au vice rédhibitoire, le concept d’une fausse identification de la réalité par l’acheteur induite par le vendeur et, par conséquent, la remise d’une chose qui ne peut être destinée à l’utilité imaginée et voulue par le premier, c, est à dire lui servir de logement digne et adéquat.

Il est certain que la doctrine de *aliud pro alio* fournit au contractant plus faible une plus grande protection en satisfaisant ainsi le principe général d’équité, mais contredit celui de sécurité et exige un nouvel effort d’harmonisation au sein du système juridique continental, puisque le droit allemand ne connaît pas la duplicité franco-italienne ancrée dans la tradition romanistique.

¹ Le présent article reproduit de façon révisée et augmentée par les notes bibliographiques la communication présentée à la 70^{ème} session de la SIHDA, déroulée à Paris en septembre dernier sous le titre *Ius et periculum. Le droit face au risque dans l’Antiquité*.

* Professeur à l’Université Complutense de Madrid; lgutierrez@ucm.es.

² Ernout-Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, 4^{ème} édition révisée, Klincksieck, 2001, v. *periculum*, 498.

³ Parfois confondu avec *infestus*, envahi par des animaux ou des plantes nuisibles, et qui est encore employé dans certaines langues comme le français ou l’espagnol. Cfr. Ernout-Meillet, *Dictionnaire...* cit., v. *infestus*, 317.

⁴ *Summa theologiae, secunda secundae, 77.3*: “**Venditor autem, qui rem vendendam proponit, ex hoc ipso dat emptori damni vel periculi occasionem quod rem vitiosam ei offert, si ex eius vitio damnum vel periculum incurrere possit, damnum quidem, si propter huiusmodi vitium res quae vendenda proponitur minoris sit pretii, ipse vero propter huiusmodi vitium nihil de pretio subtrahat, periculum autem, puta si propter huiusmodi vitium usus rei reddatur impeditus vel noxius, puta si alicui vendat...vel ruinosam domum pro firma, vel cibum corruptum sive venenosum pro bono**”.

⁵ *De officiis* 3.13.54: “**Vendat aedes** vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, **pestilentes sint et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, sint, male materiatae et ruinosae, sed haec praeter dominum nemo sciat; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque venderit pluris multo. quam se venditurum putant, num id iniuste aut improbe fecerit?...**”

⁶ “**Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere nequaquam incertum est, veluti si pestilens fundus distractus sit: nam redhibendus erit.**”

⁷ *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Muciano* “**Si praedium quis sub ea lege comparaverit, ut, si displicuerit, ineptum erit, id uptote sub condicione venditum resolvi et redhibitoriam adversus venditorem competere palam est. 1. Idem observatur et si pestilis fundus, id est pestibulas vel herbas letiferas habens, ignorante emptore distractus sit: nam in hoc etiam casu per eandem actionem eum quoque redhibendum esse**”. *PP.xv k.Mart.Maximo II et Aquilino cons.* (a.286). Nous retrouvons le même cas d’herbes pernicieuses

dans un fonds destiné à pâturages au sein des sources du droit historique espagnol inspirées d'une façon très claire par le droit romain, telles que la loi de Partidas du roi Alphonse X Le Sage, Partida V, tit. 15, loi 63 et la Novísima Recopilación X, tit.15, loi 2. Dans une constitution de l'année 364 envoyée sous forme de mandat par les empereurs Valentinien et Valent au *praefectus urbi* - en lui ordonnant de surveiller la salubrité des greniers publics sous peine d'indemniser le Fisc avec ses propres biens si les gouttières du toit finissaient par corrompre les aliments destinés aux soldats- malgré ne pas employer le terme d'une façon expresse, la *pestilentia* est implicite dans le fait que le mauvais état du toit laissait filtrer l'eau de pluie qui rendait malsain le blé.

⁸ L. Solidoro, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Naples, 2007.

⁹ G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padoue, 1972, 223.

¹⁰ AA.VV, vol. I (à cura di M. Bln), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale. La vendita. IV. Garanzie e inadempimento*, Padoue, 1996, 784.

¹¹ Sent. 317/2015 de TS, Salle 1ère des Affaires Civiles : "...**Le fait de vendre une chose comme logement qui n'est pas habitable est aliud pro alio...**la doctrine du *aliud pro alio* contemple une double situation: que l'on ait remis une chose différente à celle convenue ou que l'on ait délivré une chose, qui de par son inhabileté, provoque une insatisfaction objective, c'est à dire une frustration complète de la finalité du contrat... Il s'agit d'un cas très clair d'inaccomplissement essentiel qui donne lieu à la rescision, en appliquant l'article 1124: rescision, en soi même, comme inefficacité survenue avec un effet rétroactif, *ex tunc* indemnités des dommages et préjudices, qui doivent être prouvés, mais sans oublier le fait que l'inefficacité provoquée par l'inaccomplissement de l'autre partie contractuelle, en général produit un dommage *per se*, en tant que frustration de l'économie de celle qui a subi l'inaccomplissement...".

¹² Article 1468 Code Civil espagnol: "Le vendeur doit délivrer la chose vendue dans l'état où elle se trouvait au moment de parfaire le contrat".

¹³ *Ulpianus 32 ad edictum D. 19.1.11.1-2*: "...*Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est...Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere*".

¹⁴ Sur les probables interpolations du texte d'Ulpien admises par la plupart des auteurs voir S. Viaro, *Corresponsività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padoue, 2011, 141 nt.57.

¹⁵ Par contre, en ce qui concerne la vente de *pestibiles herbas* ou plantes affectées par des tumeurs radicales, la Corte di Cassazione italienne (malgré tout, avec quelques oscillations) s'est prononcée de façon générale dans le sens du vice réhibitoire - position qui puise ses sources dans le droit romain impérial, puisque les compilateurs de Justinien avaient placé le rescrit précité au titre 58 du quatrième livre du *Codex*, consacré aux actions édilices-, en considérant que les plantes délivrées, malgré être susceptibles de périr en raison de leur pathologie, n'appartiennent pas à un *genus* différent de celui convenu entre les parties ce qui constitue une condition indispensable pour appliquer l'*aliud pro alio* à la vente de choses génériques. Résolution surprenante, car les plantes de même que le logement – qui, par contre est chose spécifique – ne pourront pas accomplir la fonction économique prévue qui, pour sa part, a induit l'acheteur à les acquérir visant à construire un vivier ou un potager d'arbres fruitiers.

"Le vendeur est tenu de garantir les défauts cachés de la chose vendue, si ils la font devenir impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou si ils diminuent de telle façon cet usage que, si l'acheteur en avait eu connaissance, il ne l'aurait pas acquise ou il en aurait donné moins d'argent".

¹⁶ Article 1484 Code Civil espagnol: "Le vendeur est tenu de garantir les défauts cachés de la chose vendue, si ils la font devenir impropre à l'usage auquel elle est destinée, ou si ils diminuent de telle façon cet usage que, si l'acheteur en avait eu connaissance, il ne l'aurait pas acquise ou il en aurait donné moins d'argent".

Article 1641 Code Civil français: Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus".

¹⁷ Article 1291.5 du Code Civil espagnol: "Son susceptibles de rescision tous les contrats spécialement déterminés par la loi". Article 1490 du Code Civil espagnol: "L'action pour désister du contrat à cause de vices cachés de la chose vendue s'éteint au bout de six mois, à compter depuis la délivrance de celle-ci".

Article 1495 du Codice civile italien: "Quand l'acheteur reçoit la chose il doit agir rapidement pour faire valoir les vices".

¹⁸ Article 1301 du Code civil espagnol "L'action de nullité durera seulement quatre ans, qui commenceront à courir... dans les cas d'erreur, ou dol, ou fausseté de la cause, à partir de la consommation du contrat".

¹⁹ & 124.1-2 du BGB: "La rescision d'une déclaration de volonté induite au moyen d'une tromperie avec dol peut seulement s'accomplir pendant la période d'un an".

²⁰ Lessius, *De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalibus* 2.17.Dub.5 n.27, ed. Brixiae, 1696, 156: "Notandum est, dolum vel errorem posse contingere, vel circa substantiam rei, vel circa accidentia, et estrinseca, quae alliciunt, aut avertunt a contrahendo. Rursus, potest hic dolus causam contractui, ita ut sine illo non velles contrahere: aut non dare causam, sed solum incidere in contractum, ut si velles quidem contrahere, sed non tanto pretio".

H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur* 2. 11. 6:

"...Nam distingui solet inter errorem circa substantiam rei et qui non sit circa substantiam: an dolus causam dederit contractui, an non...Sed harum distinctionum pleraeque veniunt ex iure Romano, tum civile vetere, tum praetorio: quaedam etiam non satis verae aut accuratae sunt".

²¹ Cfr. M. Talamanca....124.

²² Il le qualifie d'*irritum* et non pas de *nullius*, de la même façon que le testament qui pouvait perdre sa validité à cause de perdre le testateur la *testamentifactio* ou l'*heres extraneus* institué au moment d'accepter l'héritage. Comme l'avait expliqué Florentin 10 *institutionum* D.28.5.50.1 *irritum*, dérivé de *in ratum*=non ratifié, à différence du testament affecté d'invalidité initiale en raison d'un défaut de forme, du manque de testamentifaction au moment de l'octroyer ou de la prétériton d'un *suus* (D. 28.3.1 *de iniusto, rupto, irritato facto testamento*).

²³ H. Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur* 2. 11. 6: "...Nam distingui solet inter errorem circa substantiam rei et qui non sit circa substantiam: an dolus causam dederit contractui, an non...Sed harum distinctionum pleraeque veniunt ex iure Romano, tum civile vetere, tum praetorio: quaedam etiam non satis verae aut accuratae sunt".

²⁴ "Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt".

²⁵ Vid. M. Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Milan, 2001, 123.

²⁶ Sur les questions rhétoriques posées par le juriste sévérien pour renforcer sa thèse cfr. B. Kupisch, *Interpunktion in Ulpian D.18.1.11.pr (28 ad Sabinum)*, Index 28, 2000, 341 et ss.

²⁷ La *Oúsia próte* ou substance première qui est l'entité qui existe par elle-même, que l'on ne peut pas prêcher d'une autre et qui ne peut être que sujet parce que, en cas contraire, on pourrait attribuer à une chose ce qui appartient à une autre et, donc, différente des genres et des espèces qui sont des substances secondes ou *oúsia déteura*. Voir M. Talamanca, *Elementi cit.*, 123.

- ²⁸ “*Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia consensus in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum non acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam venditionem puto, quotiens in materia erratur*”. Sur ce texte voir aussi M.Talamanca, *Elementi cit.*, 121.
- ²⁹ “*Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est*”.
- ³⁰ Ulpianus 32 ad edictum D.19.1.11. “*Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam actionem, et pretio restit*”.
- ³¹ Paulus 33 ad edictum D.19.1.21.pr.: “*Si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor*”. Ce texte peut être mis en rapport avec celui de Gaius 2 *res cottianarum* D.18.6.16(15) au sujet du vendeur qui, sachant que le vin allait devenir aigre et n’en avait pas averti l’acheteur, était tenu d’indemniser l’*id quod interest*. Également avec celui recueilli au D. 18.6.4.1 sur la disparition du vin à cause d’une bactérie (*acor*) qui le transforme en acide acétique, visqueux et inutilisable, ou le fait moisir (*mucor*), par rapport auquel Ulpian au D. 18.6.4.1 28 *ad Sabinum* expliquait qu’il pouvait être prévu au moyen d’une clause spécifique –la *aversio*–, conformément à laquelle l’acheteur déclarait acquérir la chose dans les conditions dans lesquelles elle se trouvait et voilà pourquoi le dit juriste exemptait de toute responsabilité le vendeur, sauf si il avait agi avec dol (D. 18.1.62.2 Modestin 5 *regularum*). Sur ce point N. De Marco, *L’aversio: una clausola dell, emptio-venditio e della locatio-conductio*, Index 28, 2000, 35.
- ³² J.Cuiacius, *Recitationes solemnes ad &2.Quamvis, in tit.I de actionib.empt.lib.XIX Digest.(D.19.1.21.2)*, *Opera ad parisienem fabrotianam diligentissime exacta in tomos XIII distributa*, 7:
“*Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse. In Florentinis autem legitur, emptionem esse. Sed nullo modo est recedendum a vulgari scriptura, sive lectione, quod et apparebit ex sententia huius*”.
- ³³ Cfr. F.Procchi, “*Licet emptio non teneat*” *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. “culpa in contrahendo*”, Milan, 2012, 62-63 nt.24.
- ³⁴ Vid. U. Álvarez Suárez, *El negocio jurídico en derecho romano*, Madrid, 1954, 65.
- ³⁵ A. Faber, in *I.Si sterilis ancilla, ad ff. De actio.empt. et vend. (D.19.1.21.2)*, *Rationalium in tertiam partem Pandectarum* 5, ed. Aurelianae, 1626: “*DEC. Actio ex empto contra venditorem datur de omni eo quod venditori dolo malo factum est, ne impune emptorem deceperit, quia bonae fidei contractus est I. tenetur &. ut ult.supra. Nec ob minus teneri venditorem actione ex empto aequum est ob id solum quod contractus nullus sit, quia venditor emptorem deceperit, imo tanto magis teneri venditorem oportet, quod dolum admiserit, et quidem ea mente, ut emptorem sibi obligaret. Nec enim novum est, claudicare contractum, et ex una tantum partem stare, quotiens alteri imputari quid potest, ut in I.Iulianus*”.
- ³⁶ F. Procchi, “*Licet emptio...*” *cit.*, 75.
- ³⁷ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* 1.1.sect.2.&2 : “*Les conventions étant des engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et avec liberté; si elles manquent de l’un ou de l’autre de ces caractères, comme si elles sont faites par erreur ou par force, elles sont nulles...*” ; 1.1.sect.5 &15,3 : “*Si une convention, quoique nulle...ou qu’elle soit annulée, les contractants sont remis dans l’état où ils auraient été s’il n’y avait pas eu de convention...*”. Sur ce point F.Procchi, « *Licet emptio...cit.*, 140-141.

- ³⁸ J. Pothier, *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae* VI 18.1.532 nt. 3: “*Hoc accipe de actione ex empto utili: neque enim competere directa, quum in hac ipsa lege dicatur emptio non tenere. Hinc haec actio alibi appellatur in factum.*” Sur ce texte F.Procchi, *Licet emptio cit.*, 142 et nt.191.
- ³⁹ Oeuvres III. *Traité du contrat de vente* 2. 2 &233 : “...La bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence...La raison est que la justice et l'équité, dans ces contrats, consiste dans l'égalité... toute réticence de la part d'un des cocontractants de tout ce que l'autre aurait intérêt de savoir, touchant la chose, qui fait l'objet du contrat, blesse cette égalité”. &234 “Le vendeur est tenu *in quid quanti(emptoris)intererit scisse*.L.4,ff.de act.empt.,et même cette réticence peut quelques fois donner lieu à la rescision du contrat.”
- ⁴⁰ Cicéron, *De officiis* 3.16.65 :“*Nam, cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata...a iuris consultis etiam etiam reticentiae poenae est constituta.*”
- ⁴¹ J. Pothier, *Traité du contrat de vente cit.*, 2ème part. chap.1. art.3 &241 ...l'union qui doit être entre les hommes, l'amour que nous devons avoir les uns pour les autres, ne nous permet point de préférer notre intérêt particulier à l'intérêt des autres...”
- ⁴² Ulpianus 11 *ad edictum* D.4.4.16.4 : “*Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*”; Ulpianus 34 *ad edictum* D.19.2.22.3 : “*Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter coessum est quod pluris sit minoris emere,quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*”.
- ⁴³ Cfr. G. Visintini, *La reticenza cit.*, 143 et ss.
- ⁴⁴ M.Bugnet, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle* 3.2.3 & 241 : (1) “C'est déjà bien assez, pour ne pas dire trop, exiger du vendeur; et cette règle prise strictement et à la lettre rendrait le commerce à peu près impossible”.
- ⁴⁵ J. Pothier, *Traité sur la vente cit.*, &238.
- ⁴⁶ J.E.M. Portalis, *Discours préliminaire au Code Civil français* contenu dans le tome 1 du *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* de P.A. Fenet ; traduction espagnole de I. Cremades et L. Gutiérrez-Masson, Madrid, 1997,97.
- ⁴⁷ “Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même”. Malgré ne pas avoir reçu l'influence directe de la codification française, le § 240 du BGB allemand a exempté de responsabilité le vendeur en cas de négligence grave de la part de l'acheteur.
- ⁴⁸ Article 1484 du Code civil espagnol : “Le vendeur...ne sera pas tenu des défauts apparents ou visibles, et même pas de ceux qu'ils ne le sont pas, si l'acheteur est un expert qui, en raison de son métier ou de sa profession, devait les connaître facilement”.
- ⁴⁹ H.Donellus, *Opera omnia, De iure civili* 13. 3. 12: “...*Quid ergo, si multo pluris intersit emptoris rem morbosam aut vitiosam venditam non fuisse? Finge tignum vitiosum venditum, et aedes vitio tigni corruisse...* ».
- ⁵⁰ Sent. 243/2010 du 29 juin de AP. Palma de Majorque: “Le silence du vendeur sur la présence de ciment allumineux dans la structure de l'édifice dans lequel se trouvait le logement...constitue un dol évident générateur de la responsabilité prévue dans les articles 1101, 1107 et 1124 du Code Civil...Les actions qui visent l'indemnité fondées sur l'inaccomplissement du contrat ne sont pas affectées par le délai de caducité de six mois des actions édilices, mais par celui de prescription de quinze ans fixé par l'article 1964 du même texte légal...La différence entre le vice et l'inhabileté est essentielle et absolue: le premier distingue la chose qui en souffre, tandis que l'inhabileté la fait devenir impropre et non utilisable”.
- ⁵¹ RD 515/1989 de protection des consommateurs quand à l'information qui doit être fournie dans l'achat de logements ; Ley de Ordenación de 1999 ; Loi 23/2003 et Loi du 29 décembre de 2006 d'amélioration de la protection des consommateurs et usagers.

- ⁵² R. Zimmermann, *Estudios de derecho privado europeo*, traduction espagnole A. Vaquer, Madrid, 2000, 154.
- ⁵³ “Chaque partie a le devoir de collaborer avec l’autre pour que le contrat produise tous ses effets”.
- ⁵⁴ Article 4 :103 : “Chaque partie pourra annuler un contrat en raison d’une erreur de fait ou de droit au moment de sa conclusion si...2) l’autre partie savait qu’il existait une telle erreur et laisser la victime dans telle erreur soit contraire à la bonne foi.
- ⁵⁵ Art 1301 des PECL: (4) “Le terme inaccomplissement inclut l’inobservance du devoir de collaborer pour que le contrat produise pleinement ses effets”.
- (5) Un élément sera substantiel quand toute autre personne raisonnable qui se trouverait dans la même situation des parties comprendrait qu’il allait influencer l’autre contractant dans sa décision d’accepter les conditions proposées ou de formaliser le contrat”.
- ⁵⁶ H. Donellus, *Opera omnia de iure civili* cit.13.3.1: “*Tertium caput praestationum huius generis de re vendita est, non solum ut res ita tradatur, quo eam habere liceat; sed etiam quo eam recte habere liceat. Id est ut tradatur incorrupta, et ab omni onere rei ius minuente libera, quoad eius ex bona fide fieri oportet. Sed hic non una et eadem obligatio est venditoris. Uti sunt incommoda rei inhaerentia, ita eorum nomine dissimiliter venditor obligatur*”.
- ⁵⁷ Cicero, *De re publica* 3.16.25: “Dans les relations privées, l’honnête homme manque de sagesse. Un homme qui veut aliéner une chose défectueuse peut choisir se taire ou dissimuler les défauts pour réussir à la vendre ou pour demander un prix qu’il n’obtiendrait pas si l’acheteur pouvait connaître l’état de la chose. S’il fait ce choix, il est malhonnête, mais il se montre habile. Au contraire, s’il choisit de révéler ou de ne pas cacher les défauts, il est certes honnête, mais il fait preuve de stupidité ».
- ⁵⁸ Florentinus, 8 *institutionum* D. 18.1.43.pr et 2 : “*Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicam servum speciosum, domum bene aedificatam... 2. Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat*”.
- ⁵⁹ Cicero, *De officiis* 3.12.51 : “*...Antipatro omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor novit, emptor ignoret, Diogeni venditorum, quatenus iure civil constitutum sit, dicere vitia oportet, cetera sine insidiis agere et, quoniam vendat, velle quam optime vendere*”.

STUDII

TRĂSĂTURILE DEFINITORII ALE CONTRACTULUI INDIVIDUAL DE MUNCĂ

Felicia ROȘIORU*

Résumé: Les traits définitoires du contrat de travail. Le travail humain se manifeste dans des hypothèses variées, dont les implications juridiques sont très diverses. L'activité productive humaine est protégée par les normes du droit du travail si la prestation du salarié est accomplie dans certaines circonstances, habituellement appelées critères du contrat de travail. En Roumanie, ces critères ont été élaborés initialement par la doctrine et ils ont été ensuite légalement consacrés par le Code des impôts. Parmi ces critères – éléments essentiels du rapport juridique de travail dépendent - on peut nommer le fait que le travail est exécuté selon les instructions et sous le contrôle d'une autre personne, selon un horaire déterminé ou sur le lieu spécifié ou accepté par la personne qui requiert le travail; qu'il est effectué uniquement ou principalement pour le compte d'une autre personne; qu'il doit être accompli personnellement par le travailleur; qu'il présente une certaine continuité ou qu'il implique la fourniture d'outils, ou de matériaux par la personne qui requiert le travail et l'absence de risques financiers pour le travailleur; que la rémunération du travailleur est périodiquement payée. Pour établir l'existence d'un rapport juridique de travail dépendent, ces critères sont souvent analysés de manière conjuguée. Parmi ces éléments essentiels du contrat de travail, c'est le critère de la subordination du celui que effectue le travail qui permet d'établir, sans équivoque, l'existence d'un rapport juridique de travail dépendent.

Mots clefs : subordination, contrat de travail, critères légaux, critères doctrinaux, rapport juridique de travail dépendent

Cuvinte cheie: subordonare, contract individual de muncă, criteriile legale, criteriile doctrinare, raport juridic de muncă dependentă

1. Prezentul studiu este consacrat unei analize a criteriilor care permit distingerea contractului individual de muncă de alte contracte care implică prestarea muncii sau serviciilor de către una dintre părți, pentru a fi în măsură să îi aplicăm regimul juridic corespunzător. Analiza va fi însă mai cuprinzătoare, deoarece de îndată ce ne referim la *contractul individual de muncă*, suntem obligați să conturăm termenul în jurul căruia este centrat - munca – și să delimităm raporturile juridice guvernate de dreptul omonim. Or, aceasta poate fi desfășurată în gospodăria proprie sau a altuia, în mod independent sau sub autoritatea altei persoane, în interes propriu sau al altuia, în mod ocazional, temporar sau cu caracter de durată, cu scopul de a obține venit sau de a presta un serviciu gratuit, de a ajuta un prieten, o rudă, un vecin, o persoană aflată în nevoie ... Sau, pentru a „îmbrăca” în haine juridice această enumerare, munca poate fi prestată în calitate de lucrător independent (cel mai adesea, persoană fizică autorizată sau „liber-profesionist”), ca voluntar, ca salariat, membru cooperativ, magistrat, militar, funcționar public, zilier, voluntar, mandatar, antreprenor...

Contrar denumirii sale, dreptul muncii nu guvernează toate activitățile productive umane, iar obiectul său nu privește ansamblul reglementărilor referitoare la muncă. Pentru a înlătura echivocul generat de denumirea sa, o primă problemă este legată de tipul de activitate sau, mai exact, de condițiile în care trebuie să fie prestată munca pentru ca cel care muncește să aibă calitatea de salariat și să poată beneficia de protecția conferită de ansamblul de reglementări reunite sub denumirea de drept al muncii.

2. Este îndeobște cunoscut faptul că, în esență, munca poate fi prestată *în cadrul raporturilor de muncă* (generate prin încheierea unui contract individual de muncă) sau *în afara raporturilor de muncă*.

Începând cu sfârșitul secolului al XIX-lea și cu începutul celui de-al XX-lea secol, raporturile de muncă subordonate au fost reglementate prin norme de drept, relațiile sociale în cauză constituind *raporturi juridice de muncă*, elementul generator fiind reprezentat de încheierea unui contract individual de muncă. Astfel, dreptul muncii ar reprezenta în primul rând dreptul contractelor individuale de muncă¹, dar și al raporturilor conexe acestora, precum formarea profesională, sănătatea și securitatea în muncă, jurisdicția muncii, inspecția muncii. Aceste raporturi conexe derivă din încheierea contractului menționat sau asigură condițiile pentru desfășurarea acestuia².

Așadar, pe de-o parte, raporturile de muncă guvernate de dreptul omonim îmbracă forma relației individuale dintre angajator și salariat, concretizată în *contractul individual de muncă*. Aceste raporturi poartă denumirea de *drept individual al muncii*. De asemenea, raporturile de muncă se manifestă și prin relația dintre sindicate și patronate (denumite și organizații de angajatori), concretizate, în esență, în dreptul la informare, la consultare și la negociere colectivă, inclusiv garantarea efectelor acesteia, obligația de a respecta prevederile contractului colectiv de muncă. Aceste raporturi poartă și denumirea de *drept colectiv al muncii*³.

În doctrina română s-a conturat și concepția unui *drept public al muncii*, care privește, ca obiect principal, raporturile de serviciu ale funcționarilor publici⁴.

3. Odată delimitate raporturile juridice supuse dispozițiilor ramurii de drept analizate, Codul muncii precizează dintru început faptul că se aplică persoanelor fizice care au încheiat un contract individual de muncă. Anticipând, subliniem faptul că trăsătura caracteristică, criteriul de distincție al contractului individual de muncă față de alte contracte civile, constă în prestarea muncii *pentru și sub autoritatea* unui angajator, în schimbul unei remunerații denumite salariu.

Așadar, o parte din ipostazele activității productive umane pot fi scoase de sub tutela dreptului muncii, care nu ia în considerare, pe lângă voluntariat, nici munca pentru sine, în gospodăria proprie sau munca independentă ori a așa-numiților liber –profesioniști, ci privește doar munca subordonată, activitatea desfășurată sub autoritatea beneficiarului muncii (angajatorul)⁵.

Formulând aceste precizări preliminare, vom analiza trăsăturile definitorii ale contractului individual de muncă mergând, mai întâi, pe firul istoriei, pentru a surprinde evoluția acestuia și a concepției despre muncă (I), știut fiind că istoria își pune amprenta asupra instituțiilor juridice. În partea a doua ne vom apleca asupra criteriilor contractului individual de muncă, stabilite doctrinar sau legal, la nivel național sau internațional, în dreptul intern și în dreptul comparat (II).

I. Munca și evoluția contractului individual de muncă

În această primă parte, analiza muncii și a semnificațiilor ei juridice (1), precum și a evoluției contractului individual de muncă (2) ne vor permite să precizăm și să explicăm aspectele specifice legate de caracterul imperativ al normelor de drept al muncii referitoare la drepturile salariaților, precum și cele legate de conceptul de ordine publică socială (3).

1. Munca și semnificațiile ei juridice

4. *Munca*⁶ a fost definită ca reprezentând activitatea specific umană, fizică sau intelectuală, creatoare sau productivă, îndreptată spre un anumit scop, respectiv producerea bunurilor, prestarea serviciilor și executarea lucrărilor necesare satisfacerii trebuințelor umane⁷. În egală măsură, munca desemnează și *rezultatul* acestei activități⁸. Doar oamenii valorifică prin activitatea lor conștientă ceilalți factori de producție (resursele naturale și capitalul bănesc)⁹, munca fiind astfel inseparabilă de existența umană¹⁰, reprezentând condiția naturală permanentă a vieții omenești¹¹.

Etimologic, se apreciază că termenul „muncă” provine din limba slavă (*monka*); acest termen avea conotația de supliciu sau martiriu¹². De asemenea, se consideră că originile acestui termen ar fi legate de cuvântul din limba latină (*lavor*), care desemna, într-un prim sens, efort sau osteneală. Într-un al doilea sens, *lavor* avea semnificația suferinței, nenorocirii sau a necazului, vizând activități impuse persoanei. Această accepțiune era legată de specificul relațiilor de muncă în Roma antică, prestatorul de muncă fiind intim legat de stăpân, care beneficia de pe urma activității acestuia fără a-i plăti vreo remunerație¹³.

Într-o opinie mai radicală, termenul provine din *tripalium* (*lat.*), care în Roma Antică reprezenta un instrument de tortură, iar în Evul Mediu reprezenta un instrument de imobilizare a cailor, pentru a fi înfierăți (marcați cu fier roșu)¹⁴. Dincolo de ideea extremă de tortură, pe care nu am dori să o inoculăm omului modern, este în general acceptat, tradițional, faptul că, cel puțin în anumite etape ale evoluției societății, munca prezenta o conotație a suferinței sau, am prefera să spunem noi, a efortului.

5. Însă ce determină ființa umană să accepte benevol o asemenea suferință? Răspunsul cel mai simplu și cel mai rapid la această întrebare reprezintă, în același timp, una din trăsăturile determinante ale contractului individual de muncă: venitul obținut, câștigul care îi permite persoanei să își asigure existența. De aceea, munca prestată în temeiul unui contract individual de muncă trebuie întotdeauna remunerată, contractul încheiat fiind *întotdeauna cu titlu oneros*. Dreptul muncii nu reglementează și nu se aplică voluntariatului, benevolatului. De asemenea, pornind de la diferitele perspective asupra muncii, putem stabili de la început faptul că dreptul muncii vizează munca umană personală, voluntară (nu forțată, impusă) și conștientă (orientată spre un anumit scop).

2. Evoluția concepției despre muncă și a contractului omonim

6. Concepția despre muncă a fost diferită de la o orânduire socială la alta, evoluând de la ideea de efort, de suferință, de sursă de venit spre concepția muncii ca mijloc de afirmare socială, ca element al identității sociale¹⁵. Activitatea creatoare de valori materiale și spirituale

(munca) reprezintă și o modalitate de formare și exprimare a personalității umane¹⁶, de dezvoltare și de asigurare a bunăstării personale. În procesul muncii, oamenii intră în relații sociale reciproce, astfel încât munca prezintă și un important caracter social¹⁷.

Evoluția conceptului de muncă s-a produs în contextul evoluției principiilor morale, al educației și al eticii sociale, de la disprețul societății, fiind considerată nedemnă și degradantă, la „un comandament moral al umanității”¹⁸. Biblic, munca era o pedeapsă a fratricidului, Cain fiind condamnat la munca veșnică și neroditoare. În antichitate, existența sclaviei a condus la dispreț față de munca servilă, constând în producerea celor necesare corpului¹⁹. În orânduirea sclavagistă, munca fizică era destinată celor de la periferia societății, iar dreptul de viață și de moarte al stăpânului asupra sclavului aflat în proprietatea sa (*ius vitae necisque*) făcea inutilă reglementarea juridică a raporturilor de muncă. Sclavii erau obligați să muncească, pedeșiți, vânduți sau chiar omorâți²⁰. În mod similar, în feudalism, relațiile sociale de muncă reprezentau un reflex al dreptului de proprietate, iobagul fiind un accesoriu al proprietății²¹. Evoluția societății și schimbarea condițiilor de viață au condus la a considera munca o necesitate, activitatea umană - fizică sau intelectuală - reprezentând condiția progresului individual și social.

7. Capitalismul s-a caracterizat prin dezvoltarea schimbului și a mijloacelor de producție, ceea ce a condus, în special în urma revoluției industriale, la exodul populației din zonele rurale spre orașe și la apariția „muncitorului liber”, care își oferea forța de muncă în schimbul remunerației²², relațiile de muncă delimitându-se de raporturile juridice de proprietate. La origine, aceste raporturi de muncă intrau în sfera de aplicare a dreptului civil, sub forma contractului de locațiune a serviciilor, dispozițiile legale fiind însă doar fragmentare, incomplete. În contextul Revoluției franceze s-au postulat, printre altele, libertatea și dreptul de a munci, Codul civil napoleonian recunoscând natura de drept privat a raporturilor născute între patroni și cei care prestau muncă²³. Aceasta nu a mai fost considerată nedemnă, ci o necesitate a societății, fiind condamnate sclavia și servilismul. La rândul său, Codului civil român din 1864²⁴ a preluat în mare parte prevederile Codului civil francez din 1804, astfel că dreptul român al muncii poartă parțial amprenta contextului și evoluției dreptului civil francez²⁵.

8. Evoluția contractului individual de muncă poartă, în mod inevitabil, „urmele” contextului în care aceasta s-a produs, acesta imprimându-i o serie de trăsături specifice.

Contractul *locatio operarum et operis* (locațiunea serviciilor) a apărut în dreptul roman la momentul în care s-a separat munca, în sens de valoare economică, de ființa muncitorului²⁶. Trebuie să menționăm, însă, că în prima etapă, prestarea muncii fizice de către sclavi absorbea întreaga personalitate a acestora; munca nefiind remunerată, nu reprezenta un obiect de schimb în raporturile private²⁷. Separarea muncii de persoana lucrătorului s-a realizat prin remunerarea acesteia, fiind necesară o figură juridică adecvată, care să beneficieze de acțiuni menite să garanteze exercitarea ei efectivă²⁸.

În cadrul *locatio conductio*²⁹, dreptul roman distingea între *locatio operis faciendi*, *conductio operarum* și *locațiunea de lucruri (locatio rei)*. În *locatio (conductio) operis*, *conductor sau redemptor operis* se obliga să execute o lucrare, o operă pentru *locator operis*, în schimbul unei plăți³⁰, fiind avut în vedere rezultatul final al activității sale; dimpotrivă, în *locatio conductio operarum*, lucrătorul

(*locator*) presta un serviciu sau o muncă în favoarea patronului (*conductor*), în schimbul unei remunerații (*merces*)³¹, fiind avută în vedere munca în sine și nu rezultatul ei³². *Locatio operarum* reprezenta contractul de închiriere a diverselor servicii, putând însă face obiectul său doar munca necalificată³³.

9. Sintagma „contract de muncă” a apărut doar spre sfârșitul secolului al XIX-lea și începutul secolului XX, în contextul revoluției industriale. Codul civil purta marca libertății și egalității, exprimate juridic prin principiul autonomiei de voință și al libertății de a contracta. Evoluția economică a societății și amploarea muncii salariate, caracterizată prin dependență economică și juridică, au condus la constatarea caracterului inadecvat și a insuficienței protecției conferite prin prevederile Codului civil celui care oferea forța sa de muncă în schimbul unui venit: „*autonomia voinței, libertatea de a contracta sunt două idealuri frumoase pentru o societate în care în orice domeniu se contractează liber și nu sub presiunea mizeriei. Când însă omul constrâns de foame își oferă munca pentru o pâine, desigur că numai teoretic se mai vorbește despre autonomia voinței și libertatea de a contracta*”³⁴.

Intervenția statului pentru reglementarea raporturilor juridice de muncă a devenit necesară, iar legile speciale prin care s-au stabilit drepturile și obligațiile părților au utilizat denumirea de contract individual de muncă, în locul celei de locațiune a serviciilor, care exprima în mod clar ideea de închiriere a forței de muncă oferită de altă persoană. Această schimbare a fost determinată de evoluția concepției privind munca: aceasta nu mai era considerată o marfă³⁵, astfel că nu mai putea face obiectul unui contract de închiriere sau de vânzare³⁶.

Astfel, în antiteză cu individualismul care guverna dispozițiile Codului civil, în ceea ce privesc raporturile de muncă au fost adoptate norme care stabileau drepturile și obligațiile părților, ca expresie a solidarității sociale. Datorită inegalității juridice și economice a părților, intervenția legiuitorului a fost în scopul protecției salariaților, libertatea de a contracta fiind diminuată, iar autonomia de voință limitată.

10. Așadar, spre deosebire de dreptul civil, centrat în special în jurul raporturilor patrimoniale, în dreptul muncii elementul uman are prioritate³⁷, reglementările sale fiind supuse influențelor conjuncturii politice și economice.

Astfel se explică faptul că, deși s-a cristalizat relativ târziu, dreptul muncii prezintă o importanță aparte în sistemul juridic. Finalitatea sa umană și socială, respectiv de protecție a drepturilor salariatului este esențială³⁸, echilibrând juridic poziția celor două părți³⁹ și determinând, de exemplu, conținutul normelor de drept al muncii, tendința spre protecția părții slabe, interpretarea regulilor într-un sens favorabil salariatului și nevoia de a concilia viața profesională cu viața personală a acestuia. Ea explică și conceptul de *ordine publică socială*, care autorizează, în ceea ce privesc drepturile salariaților, doar derogările favorabile acestora.

Evoluția contractului individual de muncă și a reglementărilor specifice dreptului omonim subliniază importanța precizării criteriilor pentru a diferenția natura civilă sau de drept al muncii a contractelor în care o persoană prestează servicii alteia sau efectuează lucrări al căror beneficiar este o altă persoană. Statutul de salariat, respectiv de angajator atrag o serie de drepturi și obligații

prevăzute de lege, dar implică și o limitare a libertății de a contracta. Salariatul nu poate, la momentul încheierii contractului individual de muncă sau pe parcursul acestuia, să renunțe la drepturile minimale prevăzute de lege; încheierea contractului este caracterizată de formalism și însoțită de o obligație strictă de informare; modificarea și încheierea contractului sunt supuse unor reguli derogatorii stricte; angajatorul poate să îl sancționeze disciplinar pe salariatul care nu își execută în mod culpabil contractul individual de muncă, încălcând regulile de disciplină a muncii. Inegalitatea juridică a părților marchează regimul aplicabil contractului individual de muncă, regim derogatoriu, centrat în special pe protecția salariatului, regim căruia i se adaugă o serie de obligații fiscale și de măsuri de asigurare a sănătății și securității în muncă. În acest context, în acord cu Recomandarea nr. 198 din 2006 a Organizației Internaționale a Muncii, este necesară clarificarea criteriilor care impun încadrarea unui raport în cadrul căruia se prestează munca în sfera de cuprindere a dreptului muncii.

3. Caracterul imperativ al dreptului muncii. Ordinea publică socială

11. În ceea ce privesc drepturile salariaților, spre deosebire de dreptul civil, în cazul căruia majoritatea normelor sunt supletive, dreptul muncii conține o serie de reguli imperative, de la care nu se poate deroga prin convenție. Existența acestui corp de norme imperative se justifică prin rațiunea de a fi a dreptului muncii, care a marcat evoluția sa, respectiv prin finalitatea sa socială și umană. Născut pentru a proteja salariatul, dreptul muncii se impune chiar și în ceea ce privește voința acestuia. În caz contrar, în măsura în care salariatul – de regulă dependent juridic și economic – ar putea renunța în mod valabil la drepturile recunoscute de lege, protecția conferită prin normele care guvernează raporturile de muncă ar deveni iluzorie. De aceea, în ceea ce privesc drepturile salariaților, *dreptul muncii este imperativ, de ordine publică*; el se impune atât angajatorului, cât și salariatului, formând un statut legal protector al acestuia.

12. Caracterul imperativ privește în primul rând *calificarea contractului*. De îndată ce sunt întrunite criteriile care permit să se considere că părțile au încheiat un contract individual de muncă, în special prestarea muncii cu caracter de continuitate în condiții de subordonare, calificarea ca atare a contractului este imperativă. Așadar, părțile nu pot decide aplicarea sau neaplicarea dreptului muncii, orice asemenea prevedere contractuală fiind lipsită de efecte. Indiferent de denumirea dată contractului (redactat adesea de către angajator singur, fără ca salariatul să poată modifica în mod real denumirea sau conținutul său), judecătorul nu este ținut de aceasta, putând califica respectivul contract conform naturii sale. Existența unui raport de muncă nu depinde nici de voința exprimată de părți, nici de eventuala denumire pe care au dat-o contractului dintre ele, ci de condițiile de fapt (concrete) în care este exercitată activitatea celui care prestează munca⁴⁰. Același este și orientarea Curții de Justiție a Uniunii Europene în stabilirea statutului de lucrător al persoanei care prestează muncă, în calitate de beneficiar al liberei circulații în interiorul Uniunii Europene⁴¹. Determinarea naturii contractului în funcție de condițiile concrete în care este prestată muncă și de drepturile și obligațiile părților poartă în dreptul internațional denumirea de „principiu al priorității faptelor”⁴².

Calificarea contractului individual de muncă este indisponibilă, iar aceasta este determinată în esență de prestarea muncii în condiții de subordonare, în schimbul unui salariu⁴³.

13. De asemenea, caracterul imperativ privește nu doar *calificarea* contractului individual de muncă, ci și *conținutul* acestuia, în ceea ce privesc drepturile salariaților, aspect care rezultă din prevederile articolului 11 din Codul muncii, coroborat cu articolul 38 din același act normativ. Astfel, clauzele contractului individual de muncă nu pot conține prevederi contrare sau drepturi sub nivelul minim stabilit prin acte normative ori prin contracte colective de muncă (art. 11 din Codul muncii). În caz contrar, intervine, pe de-o parte, nulitatea clauzei în cauză (art. 57 alin. 4 din Codul muncii), clauza fiind înlocuită de drept cu dispozițiile legale sau convenționale aplicabile, salariatul având dreptul la despăgubiri.

Mai mult, potrivit art. 38 Codul muncii, salariații nu pot renunța la drepturile ce le sunt recunoscute prin lege; orice asemenea tranzacție prin care se urmărește renunțarea la aceste drepturi sau limitarea lor este lovită de nulitate. Salariații nu pot așadar limita exercițiul sau renunța în mod valabil, de exemplu, la dreptul lor la plata integrală a salariului, la repausul săptămânal sau la concediul de odihnă, la dreptul lor la sănătate și securitate în muncă sau la condițiile specifice și limitele în care ar putea fi obligați la repararea prejudiciului cauzat angajatorului.

14. Drepturile cuprinse în statutul legal protector imperativ al salariaților sunt menite, pe de-o parte, să compenseze poziția de subordonare a acestora, cu ocazia încheierii și pe parcursul contractului individual de muncă. Pe de altă parte, acest statut legal este menit să protejeze sănătatea și securitatea salariaților la locul de muncă, având în vedere că munca reprezintă o prestație personală (care nu se poate executa prin altă persoană). Nu în ultimul rând, acest statut urmărește, prin accesul la formarea profesională, să asigure creșterea adaptabilității și adaptarea concretă a salariatului la cerințele în transformare ale pieței muncii.

Consacrarea caracterului imperativ al nivelului minim al drepturilor salariaților – de la care nu se poate, așadar, deroga în sens defavorabil acestora - se încadrează în conceptul de *ordine publică socială*, componentă a ordinii publice. Ordinea publică socială desemnează „ansamblul de norme juridice dintr-un anumit stat prin care – ca expresie a interesului general și având drept finalitate pacea socială – se reglementează asigurarea condițiilor decente pentru munca și viața cetățenilor săi, inclusiv pentru categoriile defavorizate”⁴⁴. Conform prevederilor constituționale, statul român este un stat social, ordinea publică socială constituind astfel un obiectiv permanent al acestuia.

II. Criteriul contractului individual de muncă. Aspecte de drept comparat

Contractul individual de muncă presupune realizarea unui acord de voințe între angajator și salariat. Însă, spre deosebire de alte contracte de drept privat, prevederile legale privind încheierea, executarea și încetarea lui sunt extrem de riguroase, în scopul de a asigura protecția salariatului. Din această perspectivă, conjugată cu sancțiunile contravenționale și fiscale pe care le pot

suporta părțile în cazul ascunderii naturii juridice sau calificării eronate a contractului încheiat, determinarea elementelor (criteriilor) care indică prezența unui contract individual de muncă dobândesc o importanță deosebită. În această parte vom analiza, mai întâi, principalele elemente de diferențiere a contractului individual de muncă față de contractele civile (1), pentru a preciza, mai apoi, criteriile relației de muncă potrivit Organizației Internaționale a Muncii (2) și cele prevăzute de Codul fiscal, care pot conduce la stabilirea naturii juridice reale a raporturilor dintre părți și la recalificarea convenției civile în contract individual de muncă (3). În acest cadru, vom analiza mai întâi definiția activității dependente (3.1.), reglementată legal în perioada 2010 – 2015 și definiția activității independente (3.2.), conform criteriilor precizate în prezent de Codul fiscal, prezentând, la final, consecințele recalificării, respectiv sancțiunile aplicabile în cazul ascunderii naturii juridice sau calificării eronate a contractului încheiat (4)

15. Articolul 10 din Codul muncii definește contractul individual de muncă drept acel contract în temeiul căruia un salariat, persoana fizică, prestează munca pentru și sub autoritatea unui angajator, care poate fi o persoană fizică sau juridică, în schimbul unui venit care se numește salariu.

Această definiție legală este considerată de doctrină⁴⁵ ca având un vădit caracter unilateral deoarece se subliniază doar obligația uneia din părți (a salariatului), cealaltă parte având doar o obligație ce poate fi dedusă din text. În realitate, pe lângă plata salariului, angajatorul are o serie de obligații complexe constând în asigurarea condițiilor de muncă. Una din definițiile acceptate în general la nivel doctrinar⁴⁶ este cea potrivit căreia un contract individual de muncă este un act juridic bilateral prin care o parte, denumită salariat (întotdeauna o persoană fizică), se obligă să presteze o muncă sub controlul și autoritatea celeilalte părți, denumită angajator (persoană fizică sau juridică), în schimbul obligației acesteia de a-i asigura prestarea muncii în condiții adecvate, a sănătății și securității în muncă, și de a-i plăti un echivalent bănesc denumit salariu.

1. Principalele elemente de diferențiere a contractului individual de muncă față de contractele civile

16. Potrivit definiției legale a contractului individual de muncă, acesta presupune prestarea muncii în temeiul unei convenții cu titlu oneros, întotdeauna de către o persoană fizică, *pentru și sub autoritatea* unui angajator. Astfel, în esență, munca este prestată în numele și în folosul – direct sau indirect – al angajatorului, sub supravegherea și controlul acestuia. În virtutea autorității de care dispune, angajatorul are dreptul de îndrumare, direcție și control al salariatului, drepturi care se concretizează în trei prerogative specifice: organizatorică, normativă și disciplinară (sau sancționatorie).

Așadar, principalul element de diferență între contractul individual de muncă și un contract civil este determinat de poziția de autoritate a angajatorului, respectiv de *subordonarea salariatului*. Subordonarea poate fi de ordin intelectual, salariatul respectând ordinele stricte ale angajatorului său în ceea ce privește prestarea efectivă a muncii sau de ordin organizatoric-administrativ, salariatul respectând în esență programul de lucru și locațiile stabilite de angajatorul său.

În nici un alt contract guvernat de norme de drept privat, ca o trăsătură constantă, determinantă, o parte nu îi poate da ordine celeilalte părți, nu poate controla activitatea acesteia și mai ales nu o poate sancționa.

Există și în dreptul civil mecanisme care îndeplinesc și un scop subsidiar sancționator, dar acestea au întotdeauna o funcție principală de apărare (precum excepția de neexecutare a contractului sau rezoluțiunea) ori de prestabilire convențională a întinderii prejudiciului (precum clauza penală). Or, în dreptul muncii, prerogativa disciplinară a angajatorului se cumulează cu dreptul de a obține repararea prejudiciului cauzat de salariat prin neexecutarea contractului, prerogativa disciplinară îndeplinind exclusiv o funcție sancționatorie și educativă.

Pe lângă criteriul subordonării salariatului⁴⁷, acesta muncește în numele angajatorului său, folosind baza materială a acestuia. Prin opoziție, lucrătorii independenți își organizează singuri munca și programul de lucru și își procură singuri instrumentele necesare desfășurării activității.

17. Contractul civil poartă de regulă asupra rezultatului final, o lucrare determinată, pe când cel individual de muncă privește prestarea muncii în sine, prerogativele organizatorice și normative aparținând angajatorului. De asemenea, într-un contract civil, riscul este suportat de către executant, iar în contractul individual de muncă de către angajator, proprietar al materiei prime și al instrumentelor de producție⁴⁸.

În contractele civile, munca este prestată pentru același client în mod ocazional, temporar, fiind vorba de regulă despre contracte *uno ictu*. Activitatea este prestată pentru același beneficiar, pentru o perioadă determinată (de regulă, o perioadă scurtă); principiul este acela al încheierii contractului pe durată determinată deoarece se consideră că o perioadă nedeterminată ar aduce atingere însăși libertății persoanei, angajamentele perpetue fiind prohibite de lege.

În contractul individual de muncă, aceasta se prestează cu caracter de continuitate, deoarece contractele de muncă sunt contracte cu executare succesivă, iar activitatea este prestată pentru același angajator, de regulă pe durată nedeterminată. În prezent, acest ultim criteriu nu mai este un atât de relevant, deoarece se pot încheia și contracte individuale de muncă pe durată determinată, în cazurile și în condițiile prevăzute de Codul muncii. Contractul individual de muncă încetează de regulă în mod unilateral (prin concediere sau demisie), cu respectarea procedurii legale. Încetarea contractului prin acordul părților, deși permisă și reglementată, este relativ rar întâlnită în raporturile de muncă.

Contractele civile pot fi încheiate și cu titlu gratuit, însă contractul individual de muncă este întotdeauna cu titlu oneros, remunerația reprezentând un element esențial al acestuia. Plata se realizează periodic și poartă denumirea specifică de salariu⁴⁹.

Ca o concluzie preliminară, așa cum s-a remarcat⁵⁰, contractul individual de muncă păstrează cele patru elemente reținute de juriștii romani în cazul *locatio operarum*, și anume: prestarea unei munci, subordonarea salariatului față de angajatorul său, elementul temporal și plata remunerației sub forma salariului⁵¹.

18. Datorită schimbărilor intervenite pe piața forței de muncă, a creșterii ponderii serviciilor – ca prestație a salariatului – raportat la munca fizică obiect tradițional al prestației acestuia, determinarea existenței unui raport de muncă supus dreptului omonim poate fi în mod obiectiv dificilă⁵². În majoritatea statelor europene, importanța unei asemenea demers

este determinată însă, pe de-o parte, de aplicabilitatea normelor de drept al muncii și a protecției specifice salariatului și, pe de altă parte, de incidența normelor de securitate socială. De aceea, în cadrul acestor state, regăsim fie definiția – legală sau jurisprudențială – a contractului individual de muncă sau a raportului juridic de muncă dependentă, fie precizarea elementelor (criteriilor) care permit identificarea acestora⁵³. Raportul juridic de muncă dependentă este definit, de regulă, în majoritatea statelor europene, pe baza a patru elemente: existența unui contract în sensul de acord de voințe (ceea ce distinge munca asumată voluntar de cea forțată), prestarea muncii (în sensul de activitate umană cu valoare economică) în numele și pentru altul, plata remunerației, direcția sau supravegherea exercitată de angajator. Primele trei elemente pot fi regăsite și în contractele civile, de aceea criteriul determinant pare a fi acela al subordonării salariatului prerogativelor manageriale exercitate de angajatorul său (direcție, supraveghere și control). Statutul de „salariat” este construit în jurul conceptului de „subordonare”, element esențial de delimitare a acestuia față de lucrătorii independenți⁵⁴.

19. Așadar, în esență, dreptul muncii privește doar *munca subordonată* sau *dependentă*, caracterizată printr-o serie de criterii, determinate inițial doctrinar⁵⁵: în primul rând, existența subordonării sau a faptului că angajatul (cel care prestează munca) se supune normelor de disciplină ale angajatorului (beneficiarului muncii) și își desfășoară activitatea sub supravegherea acestuia, la locul de muncă indicat și cu respectarea programului de lucru. Munca trebuie prestată personal de către angajat, care nu își poate substitui alte persoane în executarea contractului.

Subordonarea, element definitoriu pentru determinarea existenței unui contract individual de muncă și aplicarea regimului juridic corespunzător, este întâlnit, pe lângă dreptul român, cel puțin în Franța, Italia, Spania, Portugalia, Austria, Belgia, Danemarca, Finlanda, Grecia și Luxemburg⁵⁶.

În dreptul francez, subordonarea reprezintă mai mult decât un simplu criteriu al contractului individual de muncă, fiind „sufletul”⁵⁷ acestuia, elementul constant, determinant și flexibil care indică existența unui raport de muncă subordonată⁵⁸. Aspectele de fapt – indicii ale subordonării au fost stabilite jurisprudențial, deoarece contractul individual de muncă nu beneficiază de o definiție legală. În dreptul portughez, subordonarea reprezintă un element personal, subiectiv, intim legat de cel care prestează munca și se supune prerogativelor organizatorice, normative și de control ale altei persoane⁵⁹.

Un alt criteriu utilizat este legat de faptul că, beneficiar al autorității, angajatorul este cel care pune la dispoziție baza materială, instrumentele necesare prestării muncii de către salariați, suportând riscul activității prestate⁶⁰. Acest criteriu este utilizat în special în *Common Law*, în cadrul unuia dintre „testele” utilizate de judecătorul național pentru a verifica existența unui raport de muncă dependentă și a statutului de salariat (testul „realității economice”). În Marea Britanie, jurisprudența a extins „testele” (criteriile) utilizate în scopul menționat, recurgând în prezent la testul controlului, al integrității, al realității economice și al reciprocității obligațiilor⁶¹.

Simpla subordonare (administrativă, de exemplu), nu este suficientă în unele state europene, acest criteriu fiind conjugat cu faptul că cel care prestează munca se integrează și devine parte a unui colectiv de angajați din cadrul angajatorului. Este în special cazul Italiei, existența raportului de subordonare presupunând verificarea specificității activității celui care

prestează munca raportat la obiectul de activitate al angajatorului și a gradului de concordanță dintre prestația executantului sarcinii de muncă cu nevoile întreprinderii⁶².

Ca un element comun, pentru munca prestată, cu caracter succesiv, salariatul are dreptul la plata (periodică) a unui salariu.

În ceea ce ne privește, apreciem că cea mai completă definiție a salariatului este furnizată de articolul 1.1 din Statutul spaniol al lucrătorilor (*Estatuto de los Trabajadores*), reprezentând persoana care își asumă obligația de a munci, în schimbul unei remunerații, în numele și în beneficiul altei persoane, în cadrul organizatoric și sub direcția altei persoane sau entități, numită angajator⁶³. Cele cinci elemente definitorii ale contractului individual de muncă ar fi: faptul că munca este asumată de persoana care o prestează (*voluntariedad*), în numele și în beneficiul altei persoane (*ajenidad*), că munca este prestată personal (*personalidad*) și este remunerată (*remunerabilidad*), salariatul fiind subordonat (*dependencia*) angajatorului său.

2. Criteriile relației de muncă potrivit Organizației Internaționale a Muncii

20. Conferința Generală a Organizației Internaționale a Muncii, pornind de la ideea că protecția conferită de reglementările naționale și contractele colective celui care prestează munca este legată de existența unui raport de muncă între angajator și angajat, iar dificultățile în stabilirea existenței acesteia pot crea probleme serioase pentru lucrătorii în cauză, comunitățile lor și societate în general, a adoptat *Recomandarea 198 din 2006 privind raportul de muncă*. Astfel, având în vedere dificultățile de a stabili dacă există sau nu un raport de muncă în situațiile în care drepturile și obligațiile părților în cauză nu sunt clare, în cazul unei încercări de a deghiza relația de muncă sau în cazul în care există deficiențe sau limitări în cadrul normativ, în interpretarea sau aplicarea sa, iar aranjamentele contractuale pot avea ca efect privarea lucrătorilor de protecția care le este datorată, statele membre trebuie să definească natura și gradul de protecție acordate lucrătorilor într-o relație de muncă, luând în considerare standardele internaționale în materie.

În acest sens, printre altele, politica națională trebuie să combată raporturile de muncă deghizate în forma altor aranjamente contractuale care ascund adevărata natură juridică a raportului în cauză, având ca efect privarea salariatului de protecția care i se datorează. De asemenea, stabilirea existenței unui raport de muncă ar trebui să se întemeieze în primul rând pe aspecte de fapt privind prestarea muncii sau remunerarea lucrătorului, indiferent de modul în care este caracterizată convențional relația de muncă (aspect denumit în general principiul priorității faptelor⁶⁴).

21. Legiuitorul național trebuie să definească cu claritate criteriile necesare pentru determinarea existenței unui raport de muncă, precum subordonarea sau dependența. Aceste criterii definite legal sau prin alte mijloace pot include faptul că munca: este prestată în conformitate cu instrucțiunile și sub controlul altei părți, fiind efectuată în cadrul orelor de lucru specifice sau la un loc de muncă stabilit de către partea care solicită prestarea muncii; implică furnizarea de instrumente, materiale și mașini de către această parte; implică integrarea lucrătorului în organizarea întreprinderii; se realizează exclusiv sau în principal pentru beneficiul altei persoane;

trebuie să fie efectuată personal de către lucrător; este de o anumită durată și are o anumită continuitate; necesită disponibilitatea lucrătorului (care se află la dispoziția angajatorului⁶⁵).

De asemenea, printre criteriile existenței unui raport de muncă se numără și plata periodică a remunerației lucrătorului; faptul că aceasta constituie sursa unică sau principală de venit a acestuia; anumite beneficii în natură, cum ar fi hrană, cazare sau transport; recunoașterea unor drepturi, cum ar fi cel la repaus săptămânal și concediu anual, plata călătoriilor întreprinse de lucrător în scopul de a efectua munca de către partea solicitantă de lucru (angajator) ori lipsa riscurilor financiare pentru lucrător.

22. În punerea în aplicare a recomandării, autoritățile naționale competente ar trebui să adopte măsuri pentru a asigura respectarea reglementărilor privind raporturile de muncă, de exemplu, prin intermediul serviciilor de inspecție a muncii, care să colaboreze cu administrația privind serviciile de securitate socială și cu autoritățile fiscale. Statele membre ar trebui să dezvolte, ca o parte a politicii naționale menționate în această recomandare, măsuri eficiente care să vizeze eliminarea inițiativelor de a deghiza o relație de muncă.

De asemenea, statele membre trebuie să asigure accesul efectiv al celor în cauză, în special angajatori și lucrători, la proceduri și mecanisme adecvate, rapide, ieftine, corecte și eficiente de soluționare a litigiilor în ceea ce privește existența și termenii unei relații de muncă. În același scop, statele membre ar trebui să stabilească prin legislația națională o *prezumție legală* în sensul existenței unui raport de muncă ori de câte ori există unul sau mai mulți indicatori caracteristici ai acestui raport⁶⁶.

3. Recalificarea convenției civile în contract individual de muncă. Criteriile prevăzute în Codul fiscal

23. În practică, există tendința angajatorilor de a încheia un contract civil atunci când ar avea obligația legală de a încheia un contract individual de muncă. Interesul acestei simulații constă în evitarea plății părții de contribuții obligatorii și impozite care ar reveni angajatorului în cazul în care încheie un contract individual de muncă și pe care, în mod evident, nu este ținut să o plătească într-un contract civil (în cazul căruia nu există angajator și salariat, ci părți egale din punct de vedere juridic, persoană care prestează munca și client).

În ceea ce privesc *criteriile legale* ale muncii subordonate sau ale activității dependente - în afara elementelor ce se deduc din definiția contractului individual de muncă și din reglementarea drepturilor și obligațiilor angajatorului și salariaților - acestea se găsesc în Codul fiscal, și nu în mod expres în legislația muncii.

În prezent, autoritățile fiscale au competența de a recalifica un contract civil în contract individual de muncă. Opțiunea legiuitorului este însă nenaturală, fiind îndreptățite să aprecieze existența elementelor caracteristice ale raportului de muncă persoane a căror competență principală este legată de stabilirea impozitelor, taxelor și contribuțiilor obligatorii. Apreciem însă că aceeași recalificare poate fi dispusă de instanță la cererea salariatului.

3.1. Definiția activității dependente.

24. Începând cu anul 2010, Codul fiscal definea activitatea dependentă, stabilind o serie de criterii care permiteau recalificarea unei activități independente într-una specifică raporturilor juridice generate de un contract individual de muncă. Astfel, *activitatea dependentă* reprezenta, potrivit art. 7 alin. 1 pct. 2 din Codului fiscal „orice activitate desfășurată de o persoană fizică într-o relație de angajare”. Potrivit art. 127 alin. 3 al aceluiași act normativ: „nu acționează de o manieră independentă angajații sau oricare alte persoane legate de angajator printr-un contract individual de muncă sau prin orice alte instrumente juridice care creează un raport angajator/angajat în ceea ce privește (*sic!*) condițiile de muncă, remunerarea sau alte obligații ale salariatului”. Similar, *activitatea independentă* reprezenta, potrivit art. 7 alin. 1 pct. 4 din Codului fiscal „orice activitate desfășurată cu regularitate de către o persoană fizică, alta decât o activitate dependentă”.

Aceste dispoziții ne ocaziona câteva observații. În primul rând, definițiile date erau circulare: activitatea independentă este cea care nu e dependentă (!), iar aceasta din urmă este determinată de existența unui contract individual de muncă sau a raportului angajator/angajat.

Însă dincolo de denumirea dată de părți contractului dintre ele, este importantă precizarea criteriilor a căror prezență atrag calificarea acestuia drept contract individual de muncă. În acest sens, ca urmare a modificării din anul 2010 a Codului fiscal⁶⁷, art. 7 alin. 1 pct. 2 subpunctul 2.1 preciza că orice activitate poate fi reconsiderată ca activitate dependentă dacă îndeplinea *cel puțin unul* dintre criteriile enumerate de actul normativ⁶⁸.

25. Astfel, în primul rând, recalificarea opera dacă beneficiarul de venit (cel care presta munca, fizică sau intelectuală) se afla într-o relație de subordonare față de plătitorul de venit sau față de organele de conducere ale plătitorului de venit. Această subordonare decurgea și din faptul că cel care presta munca (beneficiarul de venit) respecta condițiile de muncă impuse de cel care îi asigura plata, respectiv atribuțiile care îi reveneau și modul de îndeplinire a acestora, locul desfășurării activității, programul de lucru etc.

Potrivit prevederilor exprese ale Codului fiscal, contractul încheiat reprezenta un contract individual de muncă dacă „beneficiarul de venit se afla într-o *relație de subordonare* față de plătitorul de venit, respectând condițiile de muncă impuse de acesta, precum atribuțiile ce îi revin și modul de îndeplinire a acestora, locul desfășurării activității, programul de lucru”.

Analiza acestui criteriu ne permite să constatăm că subordonarea poate fi de natură intelectuală (atribuțiile concrete și modul de îndeplinire a acestora), dar și de ordin administrativ (respectarea unui anumit program de lucru, a locului concret de prestare a muncii etc. De exemplu, cei care lucrează în construcții, în domeniul confecțiilor etc. sunt supuși unei subordonări intelectuale, în sensul că atribuțiile lor legate de procesul muncii sunt mult mai precis stabilite; în schimb, medicii, de exemplu, beneficiază de o relativă autonomie în prestarea activității, dar sunt supuși unei subordonări administrative, în sensul respectării programului de lucru și a locului de desfășurare a activității);

26. Potrivit celui de-al doilea criteriu, activitate era dependentă, convenția putând fi recalificată ca dacă, în prestarea activității, beneficiarul de venit *folosea exclusiv baza materială* a plătitorului de venit și contribuia cu prestația fizică sau cu capacitatea intelectuală, nu și cu capitalul

propriu. Prin baza materială a plătitorului de venit se înțelege spații cu înzestrare corespunzătoare, echipament special de lucru sau de protecție, unelte de muncă sau altele asemenea.

În acord cu Recomandarea Organizației Internaționale a Muncii nr. 198 din 2006 privind raportul de muncă, de îndată ce plătitorul de venit asigura condițiile tehnice și organizatorice necesare pentru prestarea muncii, așadar condițiile corespunzătoare de muncă, inclusiv din perspectiva protecției sănătății și securității celui care o prestează (echipament special de lucru sau de protecție), acest aspect era suficient pentru calificarea contractului ca fiind unul de muncă. Pe de-o parte, asigurarea condițiilor tehnice și organizatorice adecvate pentru prestarea muncii este una din obligațiile ce îi revin angajatorului (art. 40 alin. 2 lit. b Codul muncii). Pe de altă parte, acest criteriu corespunde concepției potrivit căreia angajatorul este proprietar al mijloacelor de producție, iar salariatul contribuie doar cu prestația fizică sau cu capacitatea sa intelectuală, nu și cu capitalul propriu⁶⁹.

27. Potrivit celui de-al treilea criteriu, suficient în sine, potrivit Codului fiscal, pentru reconsiderarea activității ca fiind dependentă, specifică unui contract individual de muncă, recalificarea putea opera dacă plătitorul de venit *suporta cheltuielile* ocazionate de deplasările efectuate de beneficiarul de venit (cel care prestează munca), în interesul desfășurării activității, precum indemnizația de delegare sau de detașare, în țară și în străinătate, precum și alte cheltuieli de această natură.

În ceea ce ne privește, apreciem că acest criteriu în sine nu era suficient sau determinant, în măsura în care privea doar suportarea cheltuielilor de deplasare. Există situații în care, și în cadrul unor contracte civile, de exemplu în cazul profesiilor liberale, clientul suportă cheltuielile de deplasare în altă localitate ale avocatului (fără ca acest aspect să fie suficient pentru recalificarea convenției în contract individual de muncă, în absența subordonării celui care prestează munca sau serviciul contractat). De aceea, apreciem că criteriul trebuia considerat îndeplinit doar dacă, în mod constant, beneficiarul muncii suporta cheltuielile de deplasare ale celui care presta munca, în interesul desfășurării acesteia, plata ocazională a cheltuielilor de deplasare fiind insuficientă pentru recalificarea convenției civile în contract individual de muncă.

În schimb, în ceea ce privește diurna (indemnizația de delegare sau de detașare), aceasta reprezintă o obligație a angajatorului, specifică raporturilor de muncă, iar delegarea și detașarea reprezintă modalități de modificare a locului muncii specifice contractului individual de muncă.

28. În ultimul rând, recalificarea putea opera dacă plătitorul de venit *suporta indemnizația de concediu de odihnă și indemnizația pentru incapacitate temporară de muncă*, în contul beneficiarului de venit.

Acest criteriu se întemeia pe faptul că cei care prestează munca în mod independent și în interes propriu suportă cheltuielile aferente acestei activități și își achită singur contribuțiile obligatorii pentru a putea beneficia de asigurare în sistemul de asigurări de sănătate, de concedii plătite sau de pensie. Pe de altă parte, acordarea concediului de odihnă și plata corespunzătoare a indemnizației de către angajator reprezintă elemente specifice raporturilor de muncă.

29. Analiza succintă a criteriilor de recalificare a convențiilor civile în contracte individuale de muncă, prevăzute în reglementarea anterioară a Codului fiscal, ne permite să constatăm o oarecare incoerență, raportat la standardele recomandate de Organizația Internațională a Muncii și la criteriile utilizate în dreptul comparat. Criteriul determinant, în opinia noastră, este acela al subordonării persoanei în prestarea muncii, ea fiind ținută să respecte ordinele, instrucțiunile și măsurile de control ale beneficiarului muncii. Acest criteriu, conjugat cu folosința principală sau exclusivă a spațiilor, uneltelor, instrumentelor sau aparatelor puse la dispoziție în mod gratuit, în executarea contractului, de către beneficiarul muncii, permit constatarea, fără echivoc, a existenței unui raport de muncă dependentă, specific contractului individual de muncă. Acestor două elemente trebuie să li se adauge însă, în mod obligatoriu, elementul temporal, continuitatea în timp⁷⁰ a prestării muncii în condițiile menționate. În caz contrar, prestarea ocazională a muncii în subordinea altuia (denumită în dreptul civil „prepușenie ocazională” sau utilizarea ocazională a bazei materiale a altuia nu sunt suficiente pentru a fi în prezența unui raport de muncă subordonată.

În ceea ce privesc ultimele două criterii prevăzute în reglementarea anterioară a Codului fiscal, apreciem că acestea nu erau suficiente, ele însele, pentru recalificarea convențiilor civile în contracte individuale de muncă, în condițiile unei independențe reale, intelectuale sau administrative, în prestarea muncii. Ele privesc mai degrabă aspecte conexe raporturilor de muncă, care, conjugate cu primele două criterii, permiteau stabilirea fără echivoc a naturii raporturilor juridice dintre părți. Considerăm, așadar, că îndeplinirea unuia singur din ultimele două criterii prevăzute de Codul fiscal nu puteau conduce, contrar prevederilor acestuia, la stabilirea naturii juridice reale a raporturilor care implică prestarea muncii în schimbul unei remunerații.

Concluzionând, apreciem că prestarea muncii subordonate, cu caracter de continuitate, reprezintă marca distinctivă a raporturilor de muncă și factorul declanșator al obligativității încheierii contractului individual de muncă. De îndată ce salariatul prestează, cu caracter de continuitate, muncă în subordinea și în folosul angajatorului, în schimbul unui salariu, utilizând baza materială a angajatorului, suntem în prezența unui contract individual de muncă, indiferent de denumirea pe care părțile o dau contractului dintre ele. O asemenea situație dă dreptul instituțiilor competente sau instanței, la cererea salariatului, să recalifice convenția în contract individual de muncă.

3.2. Definiția activității independente. Stabilirea per deductionem a activităților dependente

30. În prezent, criteriile prevăzute în Codul fiscal, menționate anterior, au fost abrogate și înlocuite de o nouă prevedere, care pleacă de la definiția *activității independente*. Reglementarea actuală cuprinsă în art. 7 pct. 3 din Codul fiscal definește activitatea independentă ca reprezentând orice activitate desfășurată de către o persoană fizică în scopul obținerii de venituri, care îndeplinește *cel puțin 4 dintre criteriile* prevăzute de textul normativ în cauză. Reglementarea actuală marchează o schimbare de paradigmă, întrucât nu mai pleacă de la activitatea dependentă și definirea ei, ci stabilește regulile pe baza cărora activitatea unei persoane care prestează munca este independentă, „imună” față de prevederile legislației muncii.

Pe de altă parte, reglementarea actuală din Codul fiscal, prin opoziție cu cea anterioară cuprinsă în același act normativ, nu mai stabilește o *prezumție legală a muncii dependente*, specifică raporturilor guvernate de dreptul muncii, generate de încheierea contractului individual de muncă, ci constatarea existenței acesteia se realizează printr-o interpretare *per a contrario* a dispozițiilor Codului fiscal.

31. Primul criteriu care permite stabilirea existenței unei activități independente privește faptul că persoana fizică dispune de libertatea de alegere a locului și a modului de desfășurare a activității, precum și a programului de lucru. Acest criteriu exprimă independența în desfășurarea activității, opus al subordonării care caracterizează prestarea muncii în contractul omonim. Potrivit H.G. nr. 1/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, „criteriul privind libertatea persoanei de a alege locul, modul de desfășurare a activității, precum și programul de lucru este îndeplinit atunci când cele trei componente ale sale sunt îndeplinite cumulativ. În raportul juridic părțile pot conveni asupra datei, locului și programului de lucru în funcție de specificul activității și de celelalte activități pe care prestatorul le desfășoară”.

În ceea ce ne privește, apreciem că impunerea condiției întrunirii cumulative a celor trei componente, prin H.G. nr. 1/2016, este excesivă. Faptul că cel care prestează munca are posibilitatea de a alege locul de desfășurare a activității, chiar dacă, în concret, se deplasează la sediul beneficiarului (în cazul avocatului sau al antreprizei de construcții, de exemplu), reprezintă un element al independenței ce caracterizează prestarea muncii. De asemenea, persoana care prestează muncă în mod independent dispune de libertatea de a-și stabili singură programul de lucru.

De asemenea, apreciem că libertatea de a stabili modul de desfășurare a activității reprezintă elementul determinant care caracterizează prestarea în mod independent a muncii (absența subordonării intelectuale), astfel încât, dacă acest element este prezent, contractul în cauză nu ar putea fi recalificat în contract individual de muncă.

32. Cel de-al doilea criteriu prevăzut în Codul fiscal se referă la libertatea persoanei fizice care prestează munca de a desfășura activitatea pentru mai mulți clienți. Potrivit H.G. nr. 1/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, acest criteriu este îndeplinit chiar dacă persoana fizică desfășoară activitate doar pentru un singur client; însă, în măsura în care există o clauză de exclusivitate în desfășurarea activității, aceasta ar reprezenta un indiciu al subordonării. În cazul existenței unei clauze de exclusivitate, consecința nu constă în recalificarea automată a convenției în contract individual de muncă, ci acest criteriu nu va fi considerat îndeplinit pentru încadrarea activității în rândul celor independente.

În ceea ce ne privește, apreciem că stipularea unei clauze de exclusivitate poate reprezenta indiciul subordonării, persoana care prestează munca punând la dispoziția beneficiarului întreaga sa capacitate de muncă. Dimpotrivă, simpla libertate de a presta muncă în beneficiul mai multor clienți poate fi iluzorie dacă persoana în cauză muncește un număr ridicat de ore pe zi, cu caracter de continuitate, pentru același beneficiar.

33. Potrivit celui de-al treilea criteriu prevăzut de Codul fiscal, activitatea desfășurată va fi una independentă dacă riscurile inerente activității sunt asumate de către persoana fizică ce o desfășoară. Riscurile inerente activității se referă mai degrabă la *riscul economic* și nu se limitează la riscul pierii fortuite a bunului. În mod normal, cel care prestează munca în mod independent își asumă toate riscurile legate de prestarea muncii, atât cele care țin de eventuala pierire fortuită a bunului, cât și cele care decurg din neexecutarea la timp sau întocmai a contractului. Potrivit H.G. nr. 1/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal, riscurile asumate de prestator pot fi de natură profesională și economică, precum incapacitatea de adaptare la timp și cu cele mai mici costuri la variațiile mediului economico-social, variabilitatea rezultatului economic, deteriorarea situației financiare, în funcție de specificul activității, pierderea capitalului etc.

34. În acord cu Recomandarea Organizației Internaționale a Muncii nr. 198 din 2006 privind raportul de muncă, cel de-al patrulea criteriu prevăzut în Codul fiscal privește desfășurarea activității prin utilizarea patrimoniului persoanei fizice care o realizează.

Unul din elementele determinate ale raporturilor de muncă subordonată (specifice contractului individual de muncă) constă în utilizarea, exclusivă sau cu titlu principal, a bazei materiale a angajatorului de către salariat în prestarea muncii. Dimpotrivă, cel care prestează muncă în mod independent utilizează propriul său capital. În ceea ce ne privește, apreciem că punerea uneori la dispoziție de către client, în contractul de antrepriză, a materialului său pentru executarea lucrării, nu echivalează cu utilizarea bazei materiale a clientului, uneltele necesare executării lucrării, spațiul dotat corespunzător etc. aparținând celui care prestează munca în mod independent.

35. Potrivit celui de-al cincilea criteriu prevăzut de Codul fiscal, va reprezenta un indiciu pentru a considera activitatea ca fiind independentă cea realizată de persoana fizică prin utilizarea capacității sale intelectuale și/sau a prestației sale fizice, în funcție de specificul activității. În ceea ce ne privește, apreciem că acest criteriu – utilizat probabil de legiuitor pentru a distinge între activitatea desfășurată de persoana independentă în mod individual sau și cea desfășurată de persoanele juridice – nu este relevant pentru stabilirea naturii dependente sau independente a activității desfășurate. Dimpotrivă, utilizarea acestuia este de natură să genereze confuzie, având în vedere că unul din elementele esențiale, definitorii ale contractului individual de muncă constă în prestarea personală a muncii de către salariat.

36. Cel de-al șaselea criteriu prevăzut în Codul fiscal atribuie natura independentă unei munci prestate de o persoana fizică ce face parte dintr-un corp sau ordin profesional cu rol de reprezentare, reglementare și supraveghere a profesiei desfășurate, potrivit actelor normative speciale care reglementează organizarea și exercitarea profesiei respective.

Analizând dispozițiile legale, constatăm că faptul că persoana care prestează munca face parte dintr-un asemenea corp sau ordin profesional (precum Uniunea Avocaților din România, Uniunea Națională a Notarilor Publici din România, Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, Ordinul Arhitecților din România, Colegiul Medicilor din România, Colegiul Farmaciștilor

din România etc.) nu este în sine suficient pentru a pune persoana respectivă la adăpost față de recalificarea contractelor încheiate cu clienții săi în contracte individuale de muncă, dar reprezintă un criteriu (un indiciu) în sensul independenței în prestarea muncii.

37. Ultimul criteriu prevăzut în Codul fiscal, susceptibil ca, însoțit de îndeplinirea altor trei criterii, să conducă la stabilirea naturii independente a activității prestate, constă în faptul că persoana fizică dispune de libertatea de a desfășura activitatea direct, cu personal angajat sau prin colaborare cu terțe persoane în condițiile legii. Contractul individual de muncă, încheiat *intuitu persone*, se caracterizează prin prestarea personală a muncii, salariatul neputând să își substituie altă persoană în executarea contractului. Așadar, libertatea de a desfășura activitatea prin intermediul salariaților persoanei fizice sau ca urmare încheierii unor contracte de colaborare cu terțe persoane reprezintă un indiciu al independenței persoanei în cauză.

38. Pentru a putea determina natura exactă a raporturilor dintre părți, art. 1 alin.1 din H.G. nr. 1/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 227/2015 privind Codul fiscal precizează că, în aplicarea prevederilor art. 7 pct. 3 din Codul fiscal, este necesar ca părțile să stipuleze, prin clauze contractuale clare, obiectul contractului, drepturile și obligațiile părților, „astfel încât să nu rezulte existența unei relații de subordonare, ci libertatea persoanei fizice de a dispune în ceea ce privește desfășurarea activității”. Autoritățile fiscale pot însă verifica dacă prevederile contractuale reflectă conținutul economic real al activității în cauză.

Așadar, la momentul negocierii și apoi al redactării contractului care privește prestarea muncii de către o parte, trebuie precizate elementele necesare pentru a stabili natura reală a contractului încheiat, prin clauze precise, nesusceptibile de interpretare.

39. În ceea ce ne privește, apreciem ca fiind utilă reglementarea criteriilor sau elementelor care permit stabilirea naturii juridice a activității desfășurate și încadrarea ei în cadrul contractual corespunzător. Acestea puteau fi însă mult mai adecvat și eficient utilizate dacă intrau în competența autorităților de control în domeniul raporturilor de muncă, cu includerea lor corespunzătoare în legislația muncii. Considerăm nefericită opțiunea legiuitorului de a stabili cine are calitatea de angajator și de salariat (ca părți ale unui contract în care se desfășoară o activitate dependentă⁷¹) și, în ultimă instanță, sfera de cuprindere a contractului individual de muncă, prin indicarea trăsăturilor sale definitorii, decurgând dintr-o interpretare *per a contrario* a dispozițiilor Codului fiscal.

Pe de altă parte, criteriile prevăzute de Codul fiscal nu fac referire la continuitatea în prestarea muncii, cu excluderea aspectelor ocazionale, nesusceptibile să influențeze natura activității desfășurate. De asemenea, acestea nu fac referire la integrarea persoanei care prestează munca în colectivul beneficiarului acesteia. Or, potrivit jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene⁷², activitatea economică a unei persoane are un caracter independent atunci când respectiva activitate nu este integrată în mod organic într-o întreprindere sau într-un organ al administrației publice; persoana în cauză dispune de resursele materiale și umane pentru exercitarea activității profesionale,

beneficiind de libertatea de organizare a acesteia; riscul economic al activității este suportat de această persoană⁷³.

Însă, cel mai important, prevederile Codului fiscal ignoră faptul că subordonarea intelectuală reprezintă marca, trăsătura definitorie a contractului individual de muncă. Din punctul de vedere al calificării raporturilor juridice care presupun prestarea muncii, orice altă formă de libertate este iluzorie în prezența subordonării intelectuale, permanente, a celui care își pune forța de muncă în serviciul altuia.

4. Consecințele recalificării – sancțiunile aplicabile în cazul ascunderii naturii juridice sau calificării eronate a contractului încheiat

40. Simularea sau deghizarea de către angajator sau de către părți a contractului individual de muncă într-un contract civil, cu alte cuvinte fapta de a beneficia de muncă subordonată fără a asigura, corelativ, garanțiile fundamentale prevăzute de legislația muncii, este considerată o faptă gravă, fiind sancționată contravențional sau penal.

Cel mai frecvent, angajatorul este cel care impune această simulare, profitând de postura de autoritate de care se bucură în raporturile de muncă. De aceea, Codul muncii sancționează, pe de-o parte, contravențional fapta angajatorului care primește la muncă până la 5 persoane fără încheierea în scris unui contract individual de muncă, cu amendă de la 10.000 lei la 20.000 lei pentru fiecare persoană identificată (art. 260 lit. e Codul muncii)⁷⁴. Pe de altă parte, răspunde penal angajatorul care primește la muncă mai mult de 5 persoane, indiferent de cetățenia acestora, fără încheierea unui contract individual de muncă. Fapta angajatorului se sancționează cu închisoare de la unu la 2 ani sau cu amendă penală (art. 264 alin. 3 din Codul muncii), iar în cazul în care munca prestată de persoana aflată în această situație este de natură să îi pună în pericol viața, integritatea sau sănătatea, pedeapsa este închisoarea de la 6 luni la 3 ani (art. 265 alin. 3 din Codul muncii). În cazul săvârșirii acestor infracțiuni, instanța de judecată poate dispune și aplicarea uneia dintre pedepsele complementare prevăzute la art. 265 alin. 4 Codul muncii⁷⁵, care poate consta inclusiv în închiderea temporară sau definitivă a punctului ori punctelor de lucru în care s-a comis infracțiunea sau retragerea temporară ori definitivă a unei licențe de desfășurare a activității profesionale în cauză, dacă acest lucru este justificat de gravitatea încălcării.

Potrivit legislației române, și salariatul care prestează muncă fără încheierea unui contract individual de muncă este sancționat contravențional cu amendă de la 500 lei la 1.000 lei (art. 260 lit. f din Codul muncii).

III. Concluzii

41. Această primă analiză a trăsăturilor definitorii ale contractului individual de muncă ne-a permis surprinderea caracterului adecvat sau inadecvat al criteriilor activității dependente, respectiv independente, reglementate de Codul fiscal. O parte din criteriile (elementele esențiale) stabilite legal corespund celor cuprinse în Recomandarea nr. 198 a Organizației Internaționale a Muncii și aspectelor surprinse în dreptul comparat.

Considerăm însă nefericită opțiunea legiuitorului de a stabili cine are calitatea parte a unui contract în care se desfășoară o activitate dependentă și, în ultimă instanță, sfera de cuprindere a contractului individual de muncă, prin indicarea trăsăturilor sale definitorii, decurgând dintr-o interpretare *per a contrario* a dispozițiilor Codului fiscal și nu în mod expres în legislația muncii.

Pe de altă parte, criteriile reglementate legal nu fac referire la continuitatea în prestarea muncii, cu excluderea aspectelor ocazionale, nesusceptibile să influențeze natura activității desfășurate și nici la integrarea persoanei care prestează munca în colectivul beneficiarului acesteia.

Deși reglementează ca un criteriu distinct subordonarea, ca element care permite stabilirea naturii juridice a unui raport de muncă, prevederile Codului fiscal ignoră faptul că subordonarea intelectuală reprezintă marca, trăsătura definitorie a contractului individual de muncă. Din punctul de vedere al calificării raporturilor juridice care presupun prestarea muncii, orice altă formă de libertate este iluzorie în prezența subordonării intelectuale, permanente, a celui care își pune forța de muncă în serviciul altuia.

* Lector dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; rosiorufelicia@yahoo.com.

¹ E. Cristoforeanu, *Teoria generală a contractului individual de muncă*, Editura Curierul Judiciar, București, 1937, p. 8; S. Ghimpu, Al. Țiclea, *Dreptul muncii*, Casa de editură și de presă „Șansa” S.R.L., București, 1994, p. 6.

² S. Ghimpu, *Dreptul muncii*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1985, p. 4.

³ M. Țichindelean, *Dreptul colectiv al muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 12.

⁴ Al. Țiclea, (coordonator), L. Georgescu, A. Cioriciu Ștefănescu, B. Vlad, *Dreptul public al muncii*, Editura Wolters Kluwer România, București, 2010, p. 30. Autorii precizează însă că în dreptul elvețian și cel italian, dreptul public al muncii desemnează mai degrabă ordinea publică de protecție instituită în beneficiul salariaților (p. 29).

⁵ Al. Țiclea, (coordonator), L. Georgescu, A. Cioriciu Ștefănescu, B. Vlad, *op. cit.*, p. 25.

⁶ Potrivit Dicționarului explicativ al limbii române, munca desemnează activitatea conștientă (specifică omului), fizică sau intelectuală, îndreptată spre un anumit scop, în procesul căreia omul efectuează, reglementează și controlează prin acțiunea sa schimbul de materii dintre el și natură (modifică și adaptează lucrurile din natură) pentru satisfacerea trebuințelor sale. ♦ (la plural) lucru la câmp, lucrul câmpului; lucrări agricole. **2.** (concret) folos material, bun agonisit prin lucru; agoniseală, câștig, profit. **3.** efort de a realiza ceva; strădanie; ocupație, îndeletnicire. **4.** (învechit și popular; la plural) torturi, cazne. **5.** (învechit și popular) durere, suferință (fizică sau morală); chin. ♦ (sens curent; la plural) durerile nașterii.

⁷ I. T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2012, p. 12.

⁸ Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2009, p. 5; *idem*, *Dreptul muncii – ramură a dreptului*, în Al. Țiclea, A. Popescu, C. Tufan, M. Țichindelean, O. Ținca, *Dreptul muncii*, Editura Rosetti, București, 2004, p. 5; D. Firoiu, *Dreptul muncii și securității sociale*, volumul I, Universitatea Independentă „Dimitrie Cantemir”, București, 1994, p. 5.

⁹ I. T. Ștefănescu, *Munca*, în I. T. Ștefănescu (coordonator), *Dicționar de drept al muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2014, p. 250.

¹⁰ „Oxigenul este singurul produs natural care satisface în întregime și desăvârșit una din nevoile omului. Pentru ca omenirea să subziste fără muncă, ar trebui ca natura să îi dea omului tot ceea ce îi este necesar, așa cum îi dă oxigenul” – J. Fourastié, *Pourqoi nous travaillons*, Presses Universitaires de France, Paris, 1970, p.13 *apud* S. Ghimpu, I. T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, Gh. Mohanu, *Dreptul muncii. Tratat*, volumul I, Editura științifică și enciclopedică, București, 1978, p. 9.

- ¹¹ R. Gidro, *Dreptul muncii*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 7; S. Ghimpu, Al. Țiclea, *op. cit.*, p. 5.
- ¹² Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, 2009, *cit. supra*, *loc. cit.*
- ¹³ R. Gidro, *op. cit.*, p. 7.
- ¹⁴ S. Tourneaux, *Droit du Travail*, Editions Bréal, Paris, 2011, p. 11.
- ¹⁵ Michael Doherty, *When the Working Day is Through: the End of Work as Identity?*, în *Work, Employment and Society*, Volume 23, Issue 1, 2009, p. 84; Alain Supiot, *L'identité professionnelle*, în *Les tendances sociales du droit contemporain*, Études offertes au Professeur Jean Savatier, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 409.
- ¹⁶ Al. Athanasiu, L. Dima, *Dreptul muncii*, Editura All Beck, București, 2005, p. 1; D. Firoiu, *op. cit.*, *loc. cit.*; Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho*, Parte I, 2nd ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 15.
- ¹⁷ V. Câmpianu, *Dreptul muncii*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1967, p. 8.
- ¹⁸ E. Cristoforeanu, *op. cit.*, p. 10.
- ¹⁹ Spre deosebire de munca servilă, filosofii greci subliniau importanța „muncii nobile și libere” (artele, științele, politica și războiul) – E. Cristoforeanu, *op. cit.*, *loc. cit.*; R. Gidro, *op. cit.*, *loc. cit.*
- ²⁰ V. Hanga, M. Jakotă, *Drept privat roman*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1964, p. 109. Din punct de vedere juridic, sclavii intrau în categoria lucrurilor, fiind priviți ca o unealtă de producție – V. Hanga, M. Bob, *Curs de drept privat roman*, Editura Rosetti, București, 2005, p. 75 – 76.
- ²¹ S. Ghimpu, I. T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, Gh. Mohanu, *op. cit.*, p. 11; Gh. Filip, C. Badea, R. Butnariu, *Dreptul muncii*, volumul I, Editura Junimea, Iași, p. 8.
- ²² Apariția relațiilor de producție capitaliste (și destrămarea celor feudale) a avut loc în Țările Române în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea. În această perioadă, ca urmare a ponderii producției manufacturiere, a adâncirii contradicției dintre economia naturală închisă – specifică feudalismului - și cea bazată pe schimb, a crescut diviziunea socială a muncii. Relațiile capitaliste s-au dezvoltat doar în prima jumătate a secolului al XIX-lea, apariția și dezvoltarea capitalismului reprezentând un proces care a durat aproape un secol – L. P. Marcu, *Apariția și dezvoltarea relațiilor capitaliste în țările române*, în *Istoria dreptului românesc*, volumul II, partea 1, Editura Academiei, București, 1984, p. 15
- ²³ R. Gidro, *op. cit.*, p. 8.
- ²⁴ Potrivit art. 1470 din Codul civil din 1864, existau trei feluri de locațiuni ale lucrărilor:
1. aceea prin care persoanele se obligă a pune lucrările lor în serviciul altora;
 2. aceea a cărăușilor și a capitanilor de corăbii, care se însărcinează cu transportul persoanelor sau a lucrurilor;
 3. aceea a întreprinzătorilor de lucrări. (Cod civil, art. 1412, 1413, 1471, 1473 și urm., art. 1478 și urm.).
- ²⁵ Astfel, în Codul civil român din 1864 a fost preluată regula instituită în favoarea burgheziei revoluționare franceze, potrivit căreia „patronul se crede pe cuvântul său pentru cătimea salariului, pentru plata salariului anului expirat și pentru aconturile date pe anul curgător” (art. 1472).
- ²⁶ Consacrarea juridică, la sfârșit de Republică și la începutul Imperiului a contractului de locațiune reprezintă momentul care a asigurat diferențierea dintre cel care presta munca și forța sa de muncă - M. Bob, *Obligația contractuală în dreptul roman cu trimiteri comparative la Codul civil*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 176.
- ²⁷ V. Hanga, M. Bob, *op. cit.*, p. 180; E. Cristoforeanu, *op. cit.*, p. 12.
- ²⁸ Salariatul beneficia de *actio locati* pentru plata salariului, chiar dacă nu a putut presta munca promisă din motive independente de voința sa, iar beneficiarul muncii (patronul) avea la îndemână *actio conducti* pentru prestarea efectivă a serviciului promis. - E. Cristoforeanu, *op. cit.*, *loc. cit.*
- ²⁹ Termenul *locatio* avea semnificația așezării sau plasării la cineva sau într-un loc; termenul *conductio* însemna „a uni, a închea, a lua cu sine” – M. Bob, *op. cit.* p. 171.

- ³⁰ V. Hanga, M. Bob, *op. cit., loc. cit.*
- ³¹ E. Cristoforeanu, *op. cit.*, p. 13.
- ³² D. Chirică, *Drept civil. Contracte speciale*, Editura Lumina Lex, București, 1997, p. 245; E. Safta-Romano, *Contracte civile*, vol. 2, Editura Graphix, Iași, 1993, p. 146.
- ³³ V. Hanga, M. Bob, *op. cit., loc. cit.*
- ³⁴ E. Cristoforeanu, *op. cit.*, p. 6.
- ³⁵ Declarația privind scopurile și obiectivele Organizației Internaționale a Muncii (adoptată la Philadelphia în 194, anexată Constituției Organizației Internaționale a Muncii, adoptată în 1919, afirmă, ca finalitate fundamentală a reglementărilor de drept al muncii, că adoptarea acestora trebuie să pornească de la respectul capitalului uman și de la principiul potrivit căruia munca nu este o marfă – S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, p. 8 - 9; I. T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 12 – 13.
- ³⁶ E. Cristoforeanu, *op. cit.*, p. 15.
- ³⁷ R. Gidro, *op. cit.*, p. 8.
- ³⁸ J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Presses Universitaires de France, Paris, 1987, p. 26.
- ³⁹ Așa cum s-a spus într-o exprimare plastică, animată de spiritul revoluționar al desprinderii contractului individual de muncă de sub tutela dreptului civil: „Capitalistul să nu fie la discreția muncitorului sau a sindicatelor muncitorești în ce privește prestarea muncii la care este obligat, dar nici muncitorul să nu depindă de capriciile patronului tiran” - E. Cristoforeanu, *op. cit.*, p. 11.
- ⁴⁰ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, Hypercours, Dalloz, Paris, 2011, p. 28; Fr. Favenc-Henry, Pierre-Y. Verkindt, *Droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2011, p. 389; B. Waas, *The legal definition of the employment relationship*, European Labour Law Journal, Volume 1, Issue 1/2010, p. 48.
- ⁴¹ A se vedea, cu titlu de exemplu: CJCE, 12 februarie 1974, cauza 152/73, EU:C:1974:13, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost (Sotgiu)*, § 5; CJCE, 31 mai 1989, cauza 344/87, EU:C:1989:226, *I. Bettray împotriva Staatssecretaris van Justitie (Bettray)*, §16; CJCE, 26 februarie 1992, cauza C-357/89, EU:C:1992:87, *V. J. M. Raulin v Minister van Onderwijs en Wetenschappen (Raulin)*, § 10; CJCE, 13 ianuarie 2004, cauza C-256/01, EU:C:2004:18, *Debra Allonby v Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment (Debra Allonby)*, § 69; E. Mazuyer, *Les mutations de la figure de „travailleur” dans le droit de l’Union Européenne*, în *Semaine Sociale Lamy*, Supplément n° 1494/2011, *Les périmètres du droit du travail*, p. 51 – 66.
- ⁴² International Labour Organization, *The employment relationship*, Report V (1), International Labour Conference, 95th Session, International Labour Office, Geneva, 2005, § 26, p. 7, disponibil la: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf> (accesat la data 30.08.2012).
- ⁴³ Criteriile care permit determinarea naturii unui contract și elementele de diferență dintre convenția civilă și contractul individual de muncă vor fi analizate în partea a doua prezentului studiu.
- ⁴⁴ I. T. Ștefănescu, *Ordine publică socială*, în I. T. Ștefănescu, (coordonator), *Dicționar de drept al muncii*, *cit. supra*, p. 266.
- ⁴⁵ Al. Țiclea, *op. cit.*, 2012, p. 351.
- ⁴⁶ *Idem, loc. cit.*
- ⁴⁷ M. Volonciu, *Articolul 10*, în Al. Athanasiu, *Codul muncii. Comentariu pe articole. Vol. I. Articolele 1 - 107*, Editura C.H. Beck, București, 2007, p. 49 – 50, pe care autoarea o denuiește „subordonare atipică”.
- ⁴⁸ B. Bossu, Fr. Dumont, P. –Y. Verkindt, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2011, p. 16.
- ⁴⁹ Spre deosebire de contractele civile, în cadrul cărora plata se realizează, de regulă, printr-o singură prestație.

- ⁵⁰ M. Bob, *op. cit.*, p. 177.
- ⁵¹ Aceleași patru elemente determinante pentru calificarea unui contract ca fiind unul de muncă sunt reținute și de o parte a doctrinei române – a se vedea Al. Țiclea, *op. cit.*, 2012, p. 351 – 353. Autorul include în condiția subordonării salariatului faptul că acesta nu suportă riscul și sarcinile activității desfășurate.
- ⁵² N. Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Aldershot, Ashgate, 2007, p. 1; M. Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 3; F. Roșioru, *The changing concept of subordination*, în G. Kiss (ed.), *Recent Developments in Labour Law*, Akademiai Kiado, Budapest, 2013, p. 156 - 158, disponibil la: mta-pte.ajk.pte.hu/downloads/felicia_rosioru.pdf.
- ⁵³ F. Roșioru, *op. cit.*, p. 157 – 172.
- ⁵⁴ M. Diakhaté-Faye, *Un régime pour le travail indépendant : une autre lecture des décisions requalifiant les contrats de location de véhicules équipé taxi (VET)*, Jurisprudence Sociale Lamy, n° 91, 4 décembre 2001, p. 4.
- ⁵⁵ Al. Țiclea, *op. cit.*, 2009, p. 9.
- ⁵⁶ R. Pedersini, 'Economically dependent workers', *employment law and industrial relations*, în European Industrial Relations Observatory On-line (Eironline), disponibil la: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2002/05/study/tn0205101s.htm>, (accesat la data: 30.08.2012); L. Nogler, *The concept of «subordination» in European and comparative law*, Quaderni del Dipartimento, Università degli Studi di Trento, 2009, p. 21-49; I. Marimpietri, *Il lavoro subordinato*, în Antonio Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, Tomo primo, Utet, Torino, 2009, p. 25.
- ⁵⁷ Fr. Favenc-Henry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2011, p. 392.
- ⁵⁸ A. Fossaert, *Télé-réalité et contrat de travail*, Semaine sociale Lamy, n° 1403, 8 juin 2009, p. 34 – 56; Fr. Gaudu, R. Vatinet, *Les contrats du travail*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 28 – 32 și p. 57; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 273.
- ⁵⁹ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do trabalho*, Parte I, 2a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 23-24; Maria Malta Fernandes, *Os limites à subordinação jurídica do trabalhador*, Quid Juris, Lisboa, 2008, p. 14.
- ⁶⁰ Acest criteriu poate fi întâlnit în dreptul portughez: a se vedea A. Monteiro Fernandes, *Direito do trabalho*, 14^a ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 16-17.
- ⁶¹ B. Daly, M. Doherty, *Principles of Irish Employment Law*, Clarus Press, Dublin, 2010, p. 44 – 45; E. Mazuyer, *op. cit.*, p. 64 – 65; F. Roșioru, *op. cit.*, p. 164 - 165.
- ⁶² O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 48 - 49; I. Marimpietri, *op. cit.*, p. 30-31.
- ⁶³ A. I. Pérez Campos, *Identidad de la relación laboral*, în Antonio V. Sempere Navarro, *El contrato de trabajo*. Volumen 1, *Régimen general del contrato de trabajo*, Arazandi Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 55-69; A. Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 24^a ed., Editorial Technos, Madrid, 2004, p. 35-39.
- ⁶⁴ International Labour Organization, *The employment relationship*, § 26, p. 7.
- ⁶⁵ *Employment Relationship Recommendation*, 2006 (No. 198), accesibilă la: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312535,fr:NO (pagina accesată în 10.12.2016); I. T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 196.
- ⁶⁶ I. T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 196.
- ⁶⁷ Codul fiscal a fost modificat prin O.U.G. nr. 58 din 26 iunie 2010, pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal și alte măsuri financiar-fiscale, modificată, la rândul ei, de O.U.G. nr. 82 din 8 septembrie 2010 pentru modificarea art. 7 alin. (1) pct. 2 subpunctul 2.1 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, precum și pentru modificarea art. III din O.U.G. nr. 58/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal și alte măsuri financiar-fiscale.

- ⁶⁸ Pentru analiza acestor criterii, a se vedea I. T. Ștefănescu, *op. cit.*, p. 224 – 225. Potrivit autorului, criteriile fiscale din care se deduce dependența nu sunt cumulative, astfel încât o activitate poate fi dependentă din punct de vedere fiscal, fără a și subordona, în înțelesul din dreptul muncii.
- ⁶⁹ B. Bossu, Fr. Dumont, P. –Y. Verkindt, *op. cit.*, p. 16.
- ⁷⁰ În același sens, Al. Țiclea, *op. cit.*, 2012, p. 351 – 353.
- ⁷¹ Potrivit art. 7 pct. 1 din Codul fiscal, *activitatea dependentă* reprezintă „orice activitate desfășurată de o persoană fizică într-o relație de angajare generatoare de venituri”.
- ⁷² CJCE, 25 iulie 1991, Cauza C-202/90, EU:C:1991:332, *Ayuntamiento de Sevilla împotriva Recaudadores de Tributos de las Zonas primera y segunda*, § 9 - 16
- ⁷³ C. F. Coștaș, *Drept fiscal*, Editura Universul Juridic, București, 2016, p. 183.
- ⁷⁴ Deși textul în cauză se referă la neîncheierea în scris a contractului individual de muncă, apreciem că sancțiunea poate fi aplicată și în cazul în care între părți a fost încheiat un contract civil cu ignorarea naturii reale a raporturilor juridice dintre părți, dar autoritatea competentă a recalificat contractul datorită existenței elementelor specifice de subordonare, respectiv de prestare a muncii în numele și sub autoritatea angajatorului.
- ⁷⁵ Și Codul muncii francez prevede în acest caz, de exemplu, în art. L. 8221-1, L. 8221-2, L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8224-1 sancțiunea închisorii de până la 3 ani, respectiv de 5 ani dacă este vorba despre un minor și pedepse complementare (precum confiscarea bunurilor sau interzicerea activității profesionale în cadrul căreia a recurs la „disimularea muncii”).

ARTICOLE

**ISTORICUL UNUI CONCEPT: PUTATIVITATEA CĂSĂTORIEI ÎN GÂNDIREA JURIDICĂ
MEDIEVALĂ ȘI CONTEMPORANĂ**

Marius FLOARE*

Ceea ce este strâmb nu se poate îndrepta și ceea ce lipsește nu se poate număra.
Ecclesiastul 1:15

Abstract: History of a Concept: Putative Marriage in Medieval and Contemporary Legal Thinking.
Putative marriage is a concept that first appeared in Roman Law and was further refined during the High Middle Ages and the classical age of Canon Law. While the medieval legal thinkers were mostly preoccupied with the avoidance of sin and the consequences of an invalid marriage upon the legitimacy of the resulting children, contemporary legal thinking is the beneficiary of a structural redefinition of the concept that had started in the Late Middle Ages, giving it more pragmatic and material consequences. Because filiation is no longer negatively affected by the validity of the parents' marriage, putative marriages today only have consequences affecting the wealth of the spouses.

Cuvinte cheie: căsătorie, nulitate, putativitate, drept canonic, beneficiu, istoria dreptului
Keywords: marriage, nullity, putative, canon law, benefit, legal history

În prezenta lucrare vom examina evoluția conceptului de putativitate a căsătoriei, luând ca perioadă și spațiu de referință pentru viziunea medievală perioada dreptului canonic clasic din secolele al XII-lea – al XIII-lea în Occidentul Europei, iar pentru viziunea modernă asupra acestei instituții ne vom opri la Codul civil adoptat în anul 2009 în România și intrat în vigoare la 1 octombrie 2011. Utilizând metoda istorică de cercetare, teza pe care o susținem este că putativitatea căsătoriei în dreptul contemporan este tributară doar din punct de vedere terminologic instituției omonime din Evul Mediu dezvoltat, conceptul contemporan fiind beneficiarul unor evoluții ulterioare, consacrate începând din Evul Mediu târziu.

Noul Cod civil din 2009, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, conturează prin art. 304 căsătoria putativă ca fiind un beneficiu al soțului de bună-credință care a încheiat o căsătorie nulă sau anulată și care, pe de-o parte, are situația unui soț dintr-o căsătorie valabilă până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești privind nulitatea (art. 304 al. 1), iar pe de altă parte și raporturile patrimoniale dintre foștii soți sunt supuse prin asemănare, în acest caz,

dispozițiilor privitoare la divorț (art. 304 al. 2). Aceste dispoziții aparent tehnice din legislația modernă, privind limitarea efectelor retroactive ale nulității în cazul căsătoriei, au în spate o istorie milenară izvorâtă dintr-o preocupare de natură moral-teologică pentru evitarea păcatului.

În privința copiilor, nulitatea căsătoriei părinților nu are niciun fel de efecte sub imperiul actualului Cod civil, aceștia păstrând situația de copii din căsătorie (art. 305 al.1), în privința drepturilor și obligațiilor dintre părinți și copii aplicându-se prin asemănare dispozițiile de la divorț (art. 305 al. 2). În dreptul contemporan, nulitatea căsătoriei părinților nu afectează în niciun fel „legitimitatea” copiilor și statutul lor de copii din căsătorie, astfel că putativitatea căsătoriei este un beneficiu aplicabil strict soților, în privința cărora nulitatea are efecte.

Viziunea contemporană a dreptului familiei condiționează, pe de-o parte, caracterul putativ al unei căsătorii de prealabila sa anulare sau constatare a nulității, iar pe de altă parte de buna-credință a cel puțin unuia dintre soți la data încheierii căsătoriei.¹ Buna-credință în această materie are înțelesul de credință eronată (*croynance eronée*) și înseamnă o falsă convingere a cel puțin unuia dintre soți că s-a încheiat o căsătorie pe deplin valabilă, fără ca cel în cauza să știe că nu au fost îndeplinite toate condițiile legale sau că există un impediment la căsătorie.² Beneficiază de putativitate numai acele căsătorii care prezintă cel puțin semnele exterioare ale unei căsătorii pe deplin valabile, putativitatea fiind în cele din urmă o consecință a forței aparentei în drept.

Spre deosebire de viziunea „relaxată” a dreptului contemporan din România în privința efectelor nulității căsătoriei asupra filiației copiilor născuți sau chiar numai concepuți în timpul unei asemenea căsătorii, considerați fără excepție copii din căsătorie, dreptul medieval era extrem de ostil copiilor „nelegitimi”, numiți cu termenul, considerat astăzi peiorativ, de „bastarzi”. Diferența de statut juridic între un copil născut din căsătorie și unul din afara căsătoriei este practic inexistentă în dreptul contemporan, unde reprezintă doar o problemă de probațiune a filiației paterne, dar reprezenta o diferență colosală în dreptul medieval vest-european. O lucrare de referință pentru dreptul cutumiar francez de la sfârșitul Evului Mediu, „*Institutes cutumiare*” ale lui Antoine Loisel, arată că „bastarzii” nu au drept la moștenire nici după tată, nici după mamă, chiar dacă ar fi fost legitimați printr-o căsătorie subsecventă, neputând primi nici măcar legate de la părinții lor, în afară de cele necesare pentru subzistență.³

Conceptul de căsătorie putativă apare pentru prima oară în dreptul roman, fără a fi numit ca atare, unde se acorda importanță în circumstanțe excepționale bune-credințe (în înțelesul de *credință eronată*) a unei părți în privința lipsei impedimentelor la căsătorie, căsătoria producând efecte în aceste cazuri mai mult ca o favoare extraordinară pentru cel în eroare.⁴ Încălcarea numeroaselor impedimente matrimoniale instituite de Augustus ducea la nulitate, dar dispariția unui impediment care existase la un moment dat ducea la validarea căsătoriei.⁵ Filiația legitimă depindea de validitatea căsătoriei în care a fost conceput sau născut copilul, contractarea unei căsătorii în pofida unor impedimente dirimante ducând la nulitatea acesteia și la nelegitimitatea copiilor rezultați.⁶ Aceste aspecte au fost aplicate cu rigoare în dreptul roman și în dreptul canonic al bisericii orientale⁷, dreptul canonic occidental având o viziune similară în Evul Mediu timpuriu, până inclusiv în secolul al XI-lea.⁸

Căsătoria putativă este preluată conceptual din dreptul privat roman în cel canonic, mai ales cu scopul de a păstra legitimitatea copiilor născuți în cursul unei căsătorii declarate ulterior nule pentru încălcarea unuia dintre numeroasele impedimente la căsătorie, impedimentul rudeniei

mergând, de exemplu, colateral până chiar la rudenie de gradul al 14-lea (gradul al șaptelea socotit după metoda ecleziastică), ulterior restrâns de Conciliul de la Lateran din 1215 până la gradul al optulea (gradul al patrulea ecleziastic).⁹ Dacă cel puțin unul dintre soți încheiasc căsătoria de bună-credință, fără a cunoaște impedimentele, copii născuți din această uniune erau copii legitimi și aveau dreptul de moștenire a averii și titlurilor tatălui lor.¹⁰ Teoria putativității căsătoriei era deja pe deplin consacrată în dreptul canonic în secolul al XII-lea, în vremea papei Alexandru al III-lea (1159-1181)¹¹, care este considerat, prin intermediul *decretalelor* (scrisorilor) sale, creatorul dreptului medieval al căsătoriei în lumea creștină apuseană.¹²

În perioada clasică a dreptului canonic (secolele al XII-lea – al XIII-lea) se admitea că, dacă cel puțin unul dintre soți ignorase impedimentele dirimante la încheierea căsătoriei, fiind astfel de bună-credință, căsătoria nulă va produce efectele unei căsătorii valabile până în ziua declarării nulității sale în privința copiilor concepuți sau născuți din respectiva căsătorie.¹³ Impedimentele „dirimante” la căsătorie erau extrem de numeroase în acea perioadă, cel puțin 14 după autorii canonici din epocă, cum erau Bernard din Pavia sau Tancred în Bologna, și includeau și viciile de consimțământ.¹⁴ Astfel de impedimente „dirimante” erau: căsătoria anterioară, viciile de consimțământ (eroare, violență), lipsa de discernământ, impotența, lipsa vârstei matrimoniale, neîndeplinirea condiției sub care s-a dat consimțământul la căsătorie, diferențele de cult religios, apartenența la cler, jurămintele de castitate ale celor ce intrau în viața monahală, incestul (incluzând aici atât cosangvinitatea propriu-zisă cât și relațiile de afinitate sau afinitatea spirituală), săvârșirea anumitor infracțiuni.¹⁵

În dezvoltarea acestei concepții a căsătoriei putative în dreptul canonic clasic s-au confruntat două concepții, care tindeau amândouă la atenuarea rigorii anterioare.¹⁶ Una dintre ele, care a triumfat în final, afirma că, în prezența unui impediment dirimant la căsătorie, din punct de vedere juridic căsătoria nu exista, dar soții erau „iertăți” de delictul pe care îl săvârșiseră fără să știe, întrucât între ei existase o cvasi-căsătorie (*quasi-coniugium*) care justifica legitimitatea copiilor rezultați din respectiva căsătorie¹⁷. A doua concepție asupra putativității era că, din punct de vedere juridic, căsătoria exista până la declararea nulității, argumentând în acest sens cu textele clasice, care numeau „căsătorie” (*coniugia*) uniunile matrimoniale de fapt dintre rude în grad prohibit, asigurând astfel atât legitimitatea copiilor cât și anularea căsătoriilor (pentru viitor).¹⁸

Nevoia de atenuare a consecințelor riguroase ale nulității căsătoriei a apărut tocmai datorită extinderii fără precedent a sferei impedimentelor dirimante la căsătorie, mai ales a celor bazate pe rudenie și afinitate (în înțelesul lor medieval extins). Un mare număr de căsătorii ar fi putut fi afectate de nulitate, în pofida bunei-credințe a soților și fără ca aceștia să dea dovadă de vreo neglijență gravă¹⁹, astfel că rezolvarea problemei legitimității copiilor rezultați din acestea devenise imperios necesară.

Cerința bunei-credințe a unuia dintre soți pentru a păstra efectele unei căsătorii valabile, mai ales în privința legitimității copiilor, nu era însă considerată suficientă în cazul unei căsătorii clandestine, fiind necesar ca acea căsătorie putativă să fie încheiată în fața bisericii (*in facie Ecclesiae*), al patrulea Conciliu de la Lateran din 1215 impunând obligativitatea publicării proclamațiilor de căsătorie înainte de oficierea acesteia.²⁰ Cel puțin de la momentul acelei reglementări ar fi fost deosebit de dificil de argumentat buna-credință a unui soț, și implicit beneficiile putativității,

pentru o căsătorie nepublică. Abia Conciliul de la Trent din 1563 a stabilit explicit nevalabilitatea căsătoriilor care erau încheiate de la acel moment încolo fără o ceremonie în fața preotului paroh și a doi martori²¹.

În cartea *Summa matrimonio* a lui Tancred din Bologna²² (cunoscut și drept *Tancredus*, c.1185- c.1236)²³, secțiunea despre legitimitatea căsătoriei vorbește despre copiii legitimi, în dreptul canonic și în cel civil (roman), ca fiind cei născuți dintr-o căsătorie valabilă. Având în vedere cerințele de validitate ale căsătoriei în epocă, aceasta ar fi însemnat că și o căsătorie încheiată fără solemnități ar fi putut duce, totuși, la nașterea unor copii legitimi. Dreptul canonic a dezvoltat, spre deosebire de cel roman, noțiunea de *căsătorie putativă*, ceea ce ar fi însemnat o căsătorie încheiată în mod public și în privința căreia soții cred că sunt îndeplinite condițiile de valabilitate, care însemna legitimitatea copiilor născuți din aceasta, chiar dacă ulterior se dovedea că este o căsătorie nulă.

Al Patrulea Conciliu de la Lateran din 1215 a stipulat, prin canonul 51, că nu se aplică beneficiul putativității celor care nu respectaseră cerințele de formă²⁴. Aceste cerințe de formă însemnau în primul rând publicarea prealabilă a *banna* sau *denunciationes*, care nu erau altceva decât echivalentul medieval al publicării declarațiilor de astăzi, și constau în anunțurile făcute de preot cu privire la intenția logodnicilor de a se căsători, scopul lor fiind de a se dezvălui eventualele impedimente la căsătorie²⁵. Regulile căsătoriei putative impuneau ca cel puțin unul dintre soți să creadă, cu bună-credință, în valabilitatea căsătoriei. Dacă amândoi aveau „conștiințe vinovate” (*laesam conscientiam*) și se căsătoriseră cu bună-știință cu încălcarea canoanelor, copii lor erau ilegitiți.²⁶

Acest canon al celui de-al Patrulea Conciliu de la Lateran a adoptat o atitudine mult mai rigidă față de căsătoriile clandestine. Căsătoria trebuia încheiată numai în mod public după „proclamarea” publicațiilor de căsătorie (*banna*). Un preot care ar fi participat la oficierea unei căsătorii fără îndeplinirea cerințelor prealabile de publicitate urma să fie suspendat din funcție. Conciliul nu prescriesese nicio penitență adecvată (*condigna penitentia*) pentru părțile care încheiaseră o asemenea căsătorie, în afară de pierderea beneficiului putativității, nici nu le declarase nevalabile. Aceste căsătorii erau ilegitițe dar erau totuși căsătorii.²⁷

Dreptul civil (roman), așa cum a fost el prelucrat de glosatori și reprodus de canonistul Tancred din Bologna în *Summa de matrimonio*, „clasifica” copiii în patru categorii: naturali și legitimi – cei rezultați dintr-o căsătorie legală; naturali și nelegitiți – cei rezultați din concubinaj între persoane necăsătorite; legitimi și nenaturali – cei adoptați; nelegitiți și nenaturali – cei rezultați din incest sau adulter cunoscute de părți²⁸. Importanța clasificării era aceea că, cel puțin în dreptul canonic, copii naturali din a doua categorie puteau fi „legitimați” prin căsătoria subsecventă a părinților, pe când copiii „nenaturali” din a patra categorie nu puteau fi legitimați nici în dreptul civil și nici în cel canonic.²⁹

Problema filiației legitime a fost considerată în dreptul canonic clasic o creație a legii umane, nu a celei divine, fiind susceptibilă de intervenție discreționară a legiuitorului (biserica) și de dispense papale, care puteau asigura legitimitatea copiilor proveniți dintr-o căsătorie nulă, pe când căsătoria era o taină (sacrament), creație a legii divine, asupra valabilității căreia nu putea nimeni interveni.³⁰

În dreptul canonic clasic, noțiunea de „divorț” (*divortium*) se referea fie la anularea căsătoriei cu permisiunea de a se recăsători (*divortium quoad vinculum*), în cazul căsătoriilor „consumate” unde existase un impediment dirimant la căsătorie, sau separație fără posibilitatea de a se recăsători cât timp celălalt soț trăia (*divortium quoad thorum*) în caz de adulter, ambele tipuri de „divorț” trebuind dispuse de biserică.³¹

După anumite ezitări și contradicții, beneficiul putativității căsătoriei în viziunea medievală se aplica asupra legitimității unui copil, conceput sau născut în respectiva căsătorie, în privința ambilor părinți, chiar dacă numai unul dintre ei fusese de bună-credință.³² În Evul Mediu târziu, în vremea canonistului Panormitanus (Nicolo de Tudeschi, 1386-1445), beneficiul putativității căsătoriei nule se întindea deja și asupra soților, asigurându-le acestora avantajele pecuniare ale unei căsătorii valabile, beneficiu fundamentat pe buna lor credință.³³

În urma acestui periplu prin dreptul medieval al creștinătății apusene în privința putativității căsătoriei, rezultă că acest concept era străin de ceea ce astăzi înțelegem prin beneficiu al putativității în cazul căsătoriilor nule sau anulate. Importanța practică a instituției pornea în Evul Mediu dezvoltat de la probleme care astăzi nu mai există (o sferă foarte largă a impedimentelor la căsătorie) și se preocupa de rezolvarea unor dificultăți care au dispărut și ele din dreptul contemporan al familiei (problema situației defavorabile a copiilor „nelegitimi”). Singurul lucru care a rămas valabil și astăzi, pe lângă aspectul terminologic, este fundamentarea beneficiului putativității căsătoriei pe buna-credință a unuia sau ambilor soți, concretizată în necunoașterea la data oficierei a impedimentelor la căsătorie. Atribuirea unui beneficiu direct, patrimonial, soților de bună-credință ca urmare a putativității căsătoriei pe care au încheiat-o cu încălcarea unor impedimente legale a fost consacrată ulterior, în Evul Mediu târziu, și a devenit astăzi efectul principal al putativității căsătoriei.

* Asistent dr., Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca, avocat – Baroul Cluj; marius_floare@yahoo.com.

¹ E. Florian, *Dreptul familiei: Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, Ediția 5, Ed. C.H.Beck, București, pp. 82-83

² *Ibidem*, p. 83

³ A. Loisel, *Institutes coutumières d'Antoine Loisel – Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences et proverbes, tant anciens que modernes du droit coutumier et plus ordinaire de la France, avec les notes d'Eusèbe de Laurière*, Tome Premier, Durand, Paris, 1846, pp. 90-99

⁴ G. Lind, *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 36-37, menționează două exemple din *Digeste* (D. 23, 2, 57^a și D. 24, 3, 22, 13), privind eroarea asupra rudeniei în grad prohibit a soțului sau eroarea privind statutul de sclav al acestuia, și unul din *Codex* (C. 5,5,4), care exclude de la confiscarea liberalităților nuptiale în folosul statului a acelor soți care au încălcat legea matrimonială fiind induși în eroare sau din cauza tinereții și au luat măsuri de dizolvare grabnică a respectivei uniuni

⁵ *Ibidem*

⁶ A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Tome second, L. Larose et Forcel, Paris, 1891, p. 33

⁷ *Ibidem*

⁸ *Ibidem*, p. 34

⁹ P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, L. Larose & Forcel, Éditeurs, Paris, 1893, pp. 434-435

- ¹⁰ E.-D. Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre, comparés au droit et aux institutions de la France, depuis leur origine jusqu'à nos jours, Tome troisième: La Grande Charte – La fusion entre les Saxons et les Normands*, A. Durand et Pedone-Lauriel, Éditeurs, Paris, 1882, pp. 186-187
- ¹¹ P. Viollet, *op.cit.*, pp. 438-439, A. Esmein, *op. cit.*, Tome second, p. 34
- ¹² K. Pennington, W.P. Müller, *The Decretists The Italian School*, p. 133, în W. Hartmann, K. Pennington (editori), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234 – From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX, The Catholic University of America Press, Washington, D.C., 2008*
- ¹³ A. Esmein, *op. cit.*, Tome second, p. 34
- ¹⁴ C. Donahue, jr., *Law, Marriage, and Society in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 18-19
- ¹⁵ *Ibidem*, pp. 19-31
- ¹⁶ A. Esmein, *op. cit.*, Tome second, p. 34
- ¹⁷ *Ibidem*, pp. 34-35
- ¹⁸ *Ibidem*, p. 35
- ¹⁹ *Ibidem*
- ²⁰ P. Viollet, *op.cit.*, p. 439
- ²¹ C. Donahue, jr., *op. cit.*, pp. 633-644
- ²² *Ibidem*, p. 41
- ²³ F. Andrews, *The Early Humiliati*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 64
- ²⁴ C. Donahue, jr., *op. cit.* p. 41
- ²⁵ A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Tome premier, L. Larose et Forcel, Paris, 1891, pp. 180-181
- ²⁶ C. Donahue, jr., *op. cit.* p. 41
- ²⁷ *Idem*, p. 32
- ²⁸ Tancred din Bologna, *Summa de matrimonio*, pp. 104-107, *apud* C. Donahue, jr., *op. cit.* p. 42
- ²⁹ *Ibidem*
- ³⁰ A. Esmein, *op. cit.*, Tome second, p. 360
- ³¹ C. Donahue, jr., *op. cit.*, p. 33
- ³² A. Esmein, *op. cit.*, Tome second, pp. 36-37
- ³³ *Ibidem*, p. 37

ARTICOLE

**CLOSING THE GAP BETWEEN FORMAL AND SUBSTANTIVE FREEDOM OF
CONTRACT: CONSTITUTIONAL REALISATION OF SUBSTANTIVE FREEDOM**

Luanda HAWTHORNE*

“Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust”¹

Abstract: *In most common law countries the law of contract is characterised by formal equality and formal freedom of contract. In South Africa the advent of the Constitution initiated a move away from formal equality. This move to substantive equality necessitates a reassessment of formal freedom of contract in order to establish substantive freedom. This may be effected by the Constitution and the Bill of rights. The latter emphasises human dignity, freedom and equality and the Constitution instructs in the Preamble to free the potential of each citizen. Within the law of contract support for substantive freedom is found in the requirement that human beings have an end, a manner of life in which their human potentialities should be realised. I refer to this objective as self-actualisation. Furthermore, recognition and protection of individuals’ human dignity and self-actualisation is found in John Rawls’ principle goods theory, his notion of moral reciprocity, Martha Nussbaum’s capabilities theory and Hugh Collins’ social market theory. It will be argued that Rawls, Nussbaum and Collins’ theories may be applied to establish substantive freedom over formal freedom of contract.*

Key words: *“Free the potential of each individual”; self-actualisation; substantive freedom of contract; Rawls’ principle goods; Nussbaum’s core capabilities; Collins’ social market theory*

1. Introduction

The South African Constitution is explicitly value based, human dignity being the *Grundnorm*. It is trite that the rule of law is one of the foundational values,² but it is obvious that the Constitution does not view the law through the traditional orthodox optic as a formally rational system, but purports to achieve an ideal which recognizes substantive moral values

and the existence of differing socio-economic conditions.³ Thus, the Constitution proclaims the attainment of substantive equality another foundational value⁴ and provides, over and above the traditional civil and political rights, a range of socio-economic rights guaranteeing fair labour relations,⁵ ecologically sustainable development,⁶ access to adequate housing,⁷ access to health care, food, water, social security,⁸ education,⁹ and protection of children.¹⁰ The Constitution on occasion instructs the state to achieve the realisation of these rights¹¹ and exacts that the judiciary take cognizance of substantive values.¹² Finally, the Preamble to the Constitution¹³ states as one of the objectives thereof, “improve the quality of life of all citizens and *free the potential of each person*” (my emphasis). This constitutional objective to empower the country’s citizens to achieve their potential, which in scientific literature is referred to as self-actualisation,¹⁴ is materialising in a multitude of projects, programmes and initiatives and the relationship with the law of contract may not be obvious at first glance. However, this article will argue that self-actualisation is a vehicle to achieve human dignity. The constitutional values of liberty and equality which are important components of human dignity play a dominant role in the law of contract, which is the mechanism by which, in a market economy the wealth of society is distributed. Today it is proposed that self-determination is critical to private law and that private law has to address incidences of subjugation especially within the ambit of contract law.¹⁵ Thus, to achieve self-actualisation it is necessary to establish substantive equality and substantive freedom of contract. In a previous paper I have argued for recognition of substantive equality¹⁶ and will now argue that to free the potential of each individual substantive freedom of contract becomes an inevitable requirement.

During the second half of the last century, legislative intervention levelled the playing field in several areas, because awareness spread that classical contract law did not address socio-economic inequalities, but replicated domination and exploitation of weaker parties. Although such interventions were decried as undermining freedom of contract on the basis that freedom of contract and protection of indigent contracting parties constituted antagonistic principles,¹⁷ certain authors¹⁸ have challenged the predominance of freedom of contract in an attempt to import social justice into contract law. However this interpretation never acted as a catalyst for the re-conceptualisation of the fundamental doctrine of freedom of contract in South Africa, neither did it engender a shift from formal freedom of contract to provide for substantive freedom of contract.

This paper will argue that substantive freedom of contract is part of the process of self-actualisation which aims to achieve human dignity. The American philosophers Rawls and Nussbaum have respectively, with their primary goods and core capabilities theories, elucidated this primordial inalienable human right. Their ideas are reflected in contract law in the theory of social contract law as set out in the work of Collins and others.¹⁹ Rawls and Nussbaum present a philosophical basis for an alternative to the nineteenth century interpretation of the concept of liberty, which will facilitate a transition from formal to substantive freedom of contract in order to arrive at self-actualisation.²⁰

2. Background: Classical contract law and legal tradition

Classical contract law has been described as the elegant constructions of legal doctrine by jurists and judges of the nineteenth century.²¹ Built upon the economic theories of Adam Smith and Jeremy Bentham²² and the political achievements of the American and French revolutions, freedom of contract was viewed as an expression of the centrality of the individual.²³ The other pillar, sanctity of contract was closely linked to party autonomy. Each party negotiates and concludes a contract in pursuit of her own interest. This contract represents a compromise of opposing interests, which benefits the common good. These principles require minimal supervision over the terms of the contract and the role of the judiciary was limited to application of abstract legal norms. The courts were to intervene where the contract was tainted by defects of will or illegality, but were not to consider the relative justice of a party's claim²⁴ or enter into policy considerations.²⁵

The other revolutionary requirement, equality, advanced less spectacularly. Equality was interpreted as equality before the law, which in itself was progress. However, the wealthy middle class adhered to the premise that inequality between individuals is the result of ordinary variations and competencies and that recognition of formal equality is the only possibility.²⁶ It pays testimony to the strength of legal tradition in South Africa that the essence of this doctrine is still in general use among lawyers and judges and reflected in major treatises on the law of obligations.²⁷

Freedom of contract was and is considered the essential prerequisite to a free market economy and it is seldom realised that the rules of classical contract law have been established to implement this market.²⁸ In consequence it stands to reason that after the economic collapse of the communist economic system freedom of contract flourished. In South Africa the new constitutional dispensation affirmed human dignity, equality and freedom as democratic values. However, the judiciary followed a strict application of the rule of law and continued to apply the principles of classical theory. Consumers contracting with powerful institutions such as banks, micro financiers and hospitals were denied protection against disadvantage or exploitation, which was equalled with disappointed expectations.²⁹ In 2002, in *Mort NO v Henry Shields-Chiat*³⁰ Davis J held that freedom of contract forms part of the fundamental right of freedom, which is enshrined in our Bill of Rights and informs the constitutional value of human dignity.³¹ In *Brisley v Drotzky*³² Cameron JA (as he was then) pointed out that the judiciary, bound by the constitution enshrining human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedom as fundamental values, should show restraint in striking down contracts or declining to enforce them. He referred to the balance between contractual freedom, a framework within which the ability to contract enhances rather than diminishes self-respect and dignity.³³ These decisions can be interpreted as giving expression to individual freedom and human dignity and representing the ruling paradigm of classical contract law³⁴ which represents self autonomy and human dignity.

A landmark was reached when the Constitutional Court was faced with the tension between contractual freedom and the Bill of Rights in the case of *Barkhuizen v Napier*.³⁵ The core of the decision is found in Ngcobo J rejecting the direct testing of the constitutionality of a

contractual term against a provision in the Bill of Rights.³⁶ Instead the learned judge held that the proper approach of constitutional challenges to contractual terms of private parties is a determination whether the challenged term is contrary to public policy.³⁷ The court noted that the determination of public policy had been facilitated by the advent of constitutional democracy,³⁸ as the legal convictions of the community, those values held most dear by the society, can now be determined by reference to the values that underlie our constitutional democracy as given expression by the provisions of the Bill of Rights.³⁹

It appears that development of a more society based contract law is closely linked to constitutionalisation of contract law because fundamental rights may contribute to the manifestation of substantive freedom of contract.⁴⁰ It is substantive freedom of contract which is necessary to achieve the goal of self-actualisation.

2.1 The move from traditional to modern contract law

Although the judiciary has been reluctant to chip away at the foundation of contract as we know it, both legislator and courts have been well aware that the formal, implied equality of contracting parties is a fiction. Consequently, relief to the weaker members of society which in the classical model are vulnerable to exploitation,⁴¹ has been provided by development of formal equality into a more substantive parity between parties.

The catalyst for this move has been attempts to establish a society-orientated approach to contract law by way of introduction of consumer protection legislation⁴² which emphasises behaviour which takes account of the defensible interests of the other party to the contract. This predisposition invoked a new focal point which aimed at a contracting individual's socio-economic situation. In South Africa new ground was broken in 1997 when the Constitutional Court held in the *Mohlomi v Minister of Defence*⁴³ that the realities of the country, such as poverty, illiteracy marginalisation, lack of information and financial resources, must be taken into consideration.⁴⁴ Thus, imbalance of bargaining position gradually found recognition in South African case law as one of the factors to be taken into consideration when it had to be determined whether a clause or contract was contrary to public policy.⁴⁵ Recognition of the prevalence of such imbalance led to the Consumer Protection Act.⁴⁶

The history of South Africa and the resulting inequality give the constitutional value of equality a special place within the archetype human right, namely human dignity. Taking cognisance of equality in the law of contract and the shift from formal to substantive equality is thus a welcome addition in the elimination of unconscionability and unfair practices. However, as has recently been pointed out⁴⁷ the most reliable indicator whether a satisfactory balance of power between the parties was present during negotiations and contracting, is to be found in the outcome of the contract, namely in the equality of performances. Even-handed performances are the best guarantee that substantive equality rules the contracting process and that the parties respected the human dignity of their counter-parts. However, the take-it-or-leave-it standard contract and the lack of resources of the weaker party, make this hindsight approach costly and less practical.

Nevertheless, as the new constitutional dispensation in South Africa has clearly infused moral values into the legal system, a further move away from traditional contract law towards a value-based, society orientated law of contract has become possible. Acknowledgment of an imbalance of bargaining power clearly implies that real freedom of contract on the part of the weaker party is absent.

3. Substantive equality and freedom of contract: two sides of the same coin

A watershed in the movement from formal to substantive freedom has been the German Federal Constitutional Court⁴⁸ decision referred to as the “Suretyship” case of 1993.⁴⁹ In this case the Federal Constitutional Court interpreted section 2(1) of the Federal Constitution⁵⁰ of 1949. Section 2(1) reads: “Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law”.⁵¹ The interpretation given to section 2(1) was that of a guarantee for substantive freedom of contract, thus constructing an unconscionability doctrine. This doctrine required structural inferiority of one contracting party and unusually onerous consequences of the contract for the inferior party.⁵² In 2005 there were two decisions dealing with life insurance contracts which had a further impact on section 2(1).⁵³ These decisions extended the application of section 2(1) of the Grundgesetz to a general inequality of bargaining power. The lack of substantive freedom of contract consisted in the general inequality of bargaining power between insurance companies and consumers, as well as in the general lack of freedom of choice of insured persons after the conclusion of a life insurance policy. Consequently, the court extended its substantive understanding of freedom of contract. It broadened the scope of the principle of private autonomy as substantive freedom of contract.⁵⁴

Ciacchi has drawn attention to the parallelism between equality and freedom. She argues that acceptance of substantive equality which led to protection of the vulnerable against unusually disadvantageous contracts implies embracing a substantive understanding of freedom of contract, which will prevent and eliminate unconscionable contracts.⁵⁵

This has caused Cherenychenko to pose the question whether it is freedom of contract as a starting point which has been challenged or rather that it is the formal conception of freedom of contract characterising traditional contract law which should be reconceptualised.⁵⁶ The movement towards a society based contract law has introduced a need for the manifestation of substantive freedom which requires focussing on the presence of real freedom which would enable individuals to control decision making within the contracting dynamic.⁵⁷ Cherednychenko⁵⁸ has also argued that support for the interests of weaker contracting parties through control of the bargaining process aims to secure real freedom of contract for both contracting parties and not merely providing protection for the weaker party for its own sake.

As the philosophical basis of modern contract doctrine is changing, the principle of equality was emphasised.⁵⁹ The South African Constitution aims to realise freedom, equality and human dignity to satisfy needs and to allow citizens to achieve a good life.⁶⁰ Modern contract law demands not only market regulation, but also to take substantive values⁶¹ and the existence of differing socio-economic conditions⁶² into consideration as well.

It is trite that modern contract is based on the will of the parties. This basis is held to guarantee justice and party autonomy and is considered recognition of human dignity. De Kock and Hallebeek have set out how the seed for this principle is found in the *Nichomachean Ethics* of Aristotle where it is argued that man is responsible for his acts only to the extent that he acts freely and in the absence of ignorance or compulsion.⁶³ This is the postulate of equal freedom: every person should have the same freedom to structure his or her life, and in a peaceful and appropriate social order.

4. Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person

4.1 Introduction

The ideal to improve the quality of all citizens lives and free all individuals' potential, forms the essence of every philosophy, religion and ideology, but it may be ascribed to the troubled history of South Africa, that this message was incorporated in the preamble to the South African Constitution. This paper has no pretension to make a contribution to philosophy, theology or political science, but wants to draw attention to the relationship between the constitutional values and a new society orientated law of contract.

The contract law lawyer James Gordley has drawn attention to Aristotle's principle that actions which contribute to a distinctively human life are right and those that detract from it are wrong.⁶⁴ Today the South African academic, Sandra Liebenberg speaks of a fully human life in her "Value of Human Dignity".⁶⁵ The American legal philosophers John Rawls and Martha Nussbaum have also dealt with the concepts of a "complete life" and "a life that is worthy of the dignity of the human being". In psychology Abraham Maslow developed the theory of self-actualisation.⁶⁶ It will be argued that each of these seminal works has bearing on the principle of freedom of contract and is reflected in modern contract law, as represented in the work of Collins.

4.2 Self-actualisation: the tool to effect fulfilment of potential

Self-actualisation recognises the individual's need to fulfil her potential, "to be all that one can be". On a psychological level Maslow requires fulfilment of the following needs for an individual to establish self-actualisation. Self-actualisers need: truth; goodness; unity; beauty; justice and order; uniqueness; perfection; completion; simplicity; richness not environmental impoverishment; effortlessness; playfulness; self-sufficiency and finally meaningfulness⁶⁷. Thus the term self-actualisation can be used in a variety of contexts and different senses, but the overriding idea is that each individual has an innate potential, which is waiting to be realised.⁶⁸ Perceptibly, self-actualisation takes place in different areas of an individual's life and not only on a psychological level. In this article the concept self actualisation will be projected onto the law of contract to capture the notion that an individual who is empowered with real freedom is placed in a position able to fulfil her potential; one aspect of substantive freedom is the ability to contract from a position of true freedom and autonomy. Consequently, the contractual aspect of self-actualisation is found in the fact that substantive freedom of contract will aid

self-determination. The aim to self-actualise can also be identified as the purpose of the theories developed by the philosophers John Rawls and Martha Nussbaum and the lawyer Hugh Collins. These authors are supporters of citizens achieving a “fully human life”.⁶⁹

5. John Rawls’ theory of basic goods

The American philosopher John Rawls developed a theory of justice as fairness in his seminal work *A Theory of Justice*.⁷⁰ He recognised the importance of constitutional fundamentals for any notion of justice.⁷¹ In keeping with the requirement of critical essentials, Rawls demands a social minimum of primary goods to be guaranteed to every citizen. These primary goods are “what persons need in their status as free equal persons, and as normal and fully cooperating members of society over a complete life”.⁷² His requirement of primary goods to effect a “complete life” clearly refers to self-actualisation. Possession of these primary goods are what situates an individual in a position to reach her potential. Rawls highlights that every citizen must possess primary goods above the threshold of the social minimum.⁷³ These goods include basic rights and liberties; freedom of movement and free choice of occupation; powers and prerogatives of offices and positions of responsibility in the political and economic institutions of the basic structures; income and means and the social basis of self respect.⁷⁴ It is a small step to deduct that these primary goods may empower an individual to free her potential. These are the goods required for self-actualisation.

Attention has been drawn by Thom Brooks,⁷⁵ to Rawls' demand that citizens must be in possession of a social minimum of primary goods in order to access “the adequate development and full exercise of their moral powers and a fair share of the all-purpose means, essential for advancing their determinate conceptions of the good”.⁷⁶ Rawls categorises two moral powers: the first involves a capacity for a sense of justice which entails an understanding and social engagement within a cooperative enterprise with others as free and equal; the second moral power is man’s conception of the good.⁷⁷ The latter view, Rawls defines as “the capacity to have, to revise, and rationally to pursue a conception of the good.”⁷⁸ Brooks explains that in order to be able to exercise moral powers, man requires a guarantee of a social minimum.⁷⁹ The social minimum amounts to a fundamental minimum. According to Rawls it constitutes “the needs essential for a decent human life”.⁸⁰ These essentials make self-actualisation possible.

Rawls’ essentials for a decent human life are given momentum in Martha Nussbaum’s capabilities approach.⁸¹

6. Martha Nussbaum’s capabilities approach

The capabilities approach constitutes an hypothetical structure which encompasses two primary normative points of view.⁸² The first is the assertion that the freedom to realise well-being is of paramount importance and secondly, that freedom to achieve well- being is implicit in an individual’s capabilities, that is, their own opportunity to do and be what they

value.⁸³ Both claims are implicit in the value system of the South African Constitution and the psychological concept of self-actualisation.

The driving force of Nussbaum's theory concerns "human capabilities, that is, what people are actually able to do and to be – in a way informed by an intuitive idea of a life that is worthy of the dignity of the human being".⁸⁴ According to Nussbaum the minimum social justice in society may be found in the reality that ten core 'capabilities', or opportunities to function are available to each and every citizen.⁸⁵ She argues that every individual has an inalienable right to a basic level of these ten capabilities as these are prerequisites of a life worthy of human dignity. The ten "Central Human Capabilities" are the following: life; bodily health; bodily integrity; senses, imagination, and thought; emotions; practical reason; affiliation; other species; play; and control over one's environment.⁸⁶ It is noteworthy that, although based on another scientific discipline, these core capabilities concretise self-actualisation. In an instance where an individual is empowered by Nussbaum's capabilities the individual will be in a position to free her potential. Self-actualisation would have taken place. Nussbaum has articulated a coherent theory of self actualisation based on human rights and founded in human dignity. It is notable that the ten core capabilities have a recognisable call in South Africa, since they are directly or indirectly represented in the Bill of Rights.⁸⁷

In their respective theories on social justice and human dignity the philosophers Rawls and Nussbaum dealt with the essentials of self actualisation albeit within the ambit of civic rights. However, as the socio-economic aspect of human life is receiving more attention the various disciplines within private law are transformed and the work of contract lawyers such as Collins and Ciacchi reflect the demand for self actualization in contract. These authors have introduced a societal dimension within the theory of contract with the result that facilitating participation in the good life by individuals has been allocated place beside market efficiency. It is necessary re-emphasise that the requirement of a "good life" does not refer to a materially luxurious life, but identifies with the principle goods and core capabilities required by the philosophers Rawls and Nussbaum. Possession of these goods and core capabilities refer to civic rights and capabilities which are required to empower individuals contracting from a position of substantive freedom. This makes it possible to achieve freedom from unconscionable contracts. It is obvious that formal equality and formal freedom are not conducive to this goal.

7. Hugh Collins and the social market theory

Throughout his body of work Collins argues for substantive freedom of contract so as to empower individuals to be in a position to conclude contracts which enable them to reach their full potential.⁸⁸ Collins identified that the so-called free market operated on principles of formal equality and formal freedom of contract, which allowed the stronger contracting party to exploit the weaker. In consequence, Collins has been advocating a change of direction towards a social market.⁸⁹ Support for a social market is found in European Union consumer protection and unfair commercial practices legislation, while in the United States scholars Kaplow and Shavell support the new paradigm,⁹⁰ arguing that legal rules should be chosen with regard to their

effects on the well being of individuals in society.⁹¹ Collins places the requirement of substantive freedom within the ambit of a social market which is characterised by protection of individuals from unconscionable contracts.⁹² According to Collins the most important characteristic of contracts is not acknowledgement that it constitutes a mechanism to distribute wealth, and establish power relations, but to provide the prospect for establishing meaning in the lives of contractants.⁹³ Thus Collins' social market theory⁹⁴ proposes as one of its goals achievement of an individual reaching his or her full potential. First, Collins identifies the regime of contract law as the determinant of the order of wealth and power. He explains that societies introduce rules, regulations and institutions which provide a way in which economic exchanges are brought about and in consequence establish the vehicles to allocate wealth and power.⁹⁵ Market exchanges are fundamental in creating this division; all market exchanges are regulated by the law of contract which means that the regime of contract law determines the order of wealth and power. Consequently, contract law functioning within a free market economy will produce an order which differs from that operating within a social market economy. Contract law branded by unqualified freedom of contract, is situated within the free market economy; while contract law characterized by substantive freedom of contract, may be located within a controlled, social market economy.⁹⁶ The latter regime meets the requirements of modern law of contract which goes further than enforcing voluntary choices because, it imposes mandatory terms on certain types of contractual exchange,⁹⁷ and determines the enforcement mechanisms. It establishes and regulates the remedies to which parties have access in order to justify their contractual rights, which, according to Collins,⁹⁸ also determines the strength and efficiency of those rights. Consequently, modern legislative interventions have distributive intentions and play a key role in shaping the market order.⁹⁹ Modern contract law considers markets as a united good, which requires guidance and enhancement.¹⁰⁰ Within this paradigm, contracts are regarded as creating obligations recognised by law on individuals contributing to markets.¹⁰¹ In terms of Collins' social market theory, contracts are not only recognized as a means of distributing wealth and founding power relations, but provide opportunities for the realization of meaning in the parties' lives.¹⁰² Thus it may be inferred that contracting needs to be situated within a substantively free location so as to enable contractants whose potential has been unleashed to conclude agreements which allow individuals to realise meaning in their lives.

Collins' social market theory robustly supports a requirement of substantive freedom over formal freedom of contract and blind individualism.¹⁰³ It is opportune to note that an understanding of freedom of contract as substantive rather than formal is within the ambit of South African dignity jurisprudence.

8. Constitutional Jurisprudence: human dignity and self-actualisation

In several decisions dealing with issues relating to human dignity the inherent value of individuals' potential clearly came to the fore. In *S v Makwanyane*,¹⁰⁴ O'Reagan J held that "The importance of dignity as a founding value of our new Constitution cannot be over-emphasised. Recognising a right to dignity is an acknowledgement of the intrinsic worth of human beings:

human beings are entitled to be treated as worthy of respect and concern.” In *Khosa v The Minister of Social Development*,¹⁰⁵ Mokgoro J states that: “... as a society we value human beings and want to ensure that people are afforded their basic needs ...” The landmark decision of *Government of the Republic of South Africa v Grootboom*,¹⁰⁶ has defined human dignity as embodying the citizens right to basic minimum conditions not only of survival but also to reach their full potential.¹⁰⁷ This case dealt with the State’s constitutional obligation to provide access to housing and provided the court with a forum to embark on an insightful analysis of socio-economic rights and the achievement of human dignity. Yacoob J¹⁰⁸ held that “Our Constitution entrenches both civil and political rights and social and economic rights. All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting. There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied those who have no food, clothing or shelter. Affording socio-economic rights to all people therefore enables them to enjoy the other rights enshrined in Chapter 2 “The Bill of Rights”. The realization of these rights is also key to “... the evolution of a society in which men and women are equally able to achieve their full potential.” Yacoob J also referred to Chaskalson P’s statement in *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*,¹⁰⁹ regarding the context within which the fundamental rights must be interpreted. The relevant circumstances in which the Bill of Rights is to be interpreted was described by Chaskalson P¹¹⁰ as one where the Constitution was adopted and a commitment was made to transform South African society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, which lies at the heart of the new constitutional order. Moreover Yacoob J¹¹¹ emphasizes that: “A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality.” After the *Grootboom* decision Yacoob J’s views have become accepted dogma within constitutional theory.¹¹² This jurisprudence supports a view which recognises substantive freedom above formal freedom. It recognises the Constitution’s adhortation in the Preamble to “Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person”.

9. Opportunities in contract law: interdisciplinary support

The South African law of contract has taken developmental steps in diverse directions. Pre-1994 a quest for fairness led to emphasis of good faith; after 1994 pursuit of the constitutional imperative of section 39 focused the attention of both judiciary and legislator on inequality of bargaining power, which led to the Consumer Protection Act¹¹³ and the constitutional infusion of public policy.¹¹⁴ Nevertheless, the power of the standard contract and functional illiteracy are insurmountable barriers to real freedom of contract. It is significant that the insurance company “*Baloise Insurance*” in Belgium had their car insurance policy contracts drastically revised into ordinary language as research had shown that eighty-five percent of the insured did not read their contract because they could not understand the beginning and consequently gave up and just signed.¹¹⁵ Legalese does not only baffle the Belgians but is a universal phenomenon. Moreover, pre-contractual assistance by para-legals at legal aid clinics should be considered where transactions are of a longer duration. For example

exploitative cancellation clauses should be prohibited and so-called default clauses should be reconsidered. Interdisciplinary research should inform contract lawyers of the concretisation of human dignity in constitutional law, the development of informed consent in medical law, and self-actualisation in psychology and the poverty level in economics.

10. Conclusion

The three fundamental values of the South African constitution are intrinsic of the human condition and an interpretative work in progress. The recent advent of a constitutional democracy and the ideological past of South Africa coincided with the implosion of the socialist economic model. The resulting free market euphoria and the supremacy of the constitution and the rule of law were obstacles to a paradigm shift within the law of contract. However, as both human dignity and equality were given content by the Constitutional Court and legislation, consumer protection and judicial interpretation gradually changed the traditional contractual landscape. Traditional truisms that the parties in the written document set the four corners of the agreement and that the fairness of a contract's terms is a matter for the parties and not for the courts were questioned by pioneers like Ciacchi, Cherednychenko and Collins and are now being addressed with growing understanding and enthusiasm.

This paper has argued that one of the constitutional imperatives is to attain self-actualisation to achieve human dignity. Within the ambit of contract this can be attained by promoting substantive freedom of contract. Substantive freedom of contract prevents exploitation of one contracting party by another and provides protection from unconscionable agreements.¹¹⁶ It enhances freedom and autonomy in contracting.

* Professor, Department of Private Law, College of Law, UNISA; hawthl@unisa.ac.za.

¹ Rawls *A theory of Justice* (1999) 3.

² Sec 1: The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

(a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.

(b) Non-racialism and non-sexism.

(c) Supremacy of the constitution and the rule of law.

(d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

³ Botha "The legitimacy of legal orders (3): rethinking the rule of law" 2001 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR)/ Journal of Contemporary Roman-Dutch Law* 523 at 535.

- ⁴ Sec 1(a); sections 9(2), 9(3) and (4) address the victims of unfair discrimination and prohibit discrimination on a wide variety of grounds. Sec 9. (1) Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law. (2) Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken. (3) The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth. (4) No person may unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.
- ⁵ Sec 23. (1) Everyone has the right to fair labour practices. (2) Every worker has the right— (a) to form and join a trade union; (b) to participate in the activities and programmes of a trade union; and (c) to strike. (3) Every employer has the right— (a) to form and join an employers’ organisation; and (b) to participate in the activities and programmes of an employers’ organisation. (4) Every trade union and every employers’ organisation has the right— (a) to determine its own administration, programmes and activities; (b) to organise; and (c) to form and join a federation. (5) Every trade union, employers’ organisation and employer has the right to engage in collective bargaining. National legislation may be enacted to regulate collective bargaining. To the extent that the legislation may limit a right in this Chapter, the limitation must comply with section 36(1). (6) National legislation may recognise union security arrangements contained in collective agreements. To the extent that the legislation may limit a right in this Chapter, the limitation must comply with section 36(1).
- ⁶ Sec 24. Everyone has the right— (a) to an environment that is not harmful to their health or wellbeing; and
(b) to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through reasonable legislative and other measures that— (i) prevent pollution and ecological degradation; (ii) promote conservation; and (iii) secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development.
- ⁷ Sec 26. (1) Everyone has the right to have access to adequate housing.
(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.
- ⁸ Sec 27. (1) Everyone has the right to have access to— (a) health care services, including reproductive health care; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.
(3) No one may be refused emergency medical treatment.
- ⁹ Sections 9(2), 9(3) which prohibits discrimination on grounds of for example sexual orientation, age and disability; 28 recognises the rights of children. Cf also Botha (n 3) 535; Hawthorne “The principle of equality in the law of contract” 1995 *THRHR* 157 at 160ff.

- ¹⁰ Sections 8(2), 8(3), 9(4), 32(1)(b), and 39(2). Cf Hawthorne “The Principle of equality” (n 9) 1995 *THRHR* 163 n37; Bhana and Pieterse “Towards a reconciliation of contract law and constitutional values: Brisley and Afrox revisited” 2005 *South African Law Journal (SALJ)* 865; Lubbe “Taking rights seriously: The bill of rights and its implications for the development of contract law” 2004 *SALJ* 395.
- ¹¹ Sec 7 (2), 24(b), 25(5), 26 (2), 27 (2), 28(1)(h), 29 (1) (b), 32 (2), 33 (3) and 35(2)(c); Hawthorne “The new learning and transformation of contract law: reconciling the rule of law with the constitutional imperative to social transformation” 2008 *SAPR/PL* 77 78.
- ¹² Sec 39(1) and (2).
- ¹³ *We, the people of South Africa, Recognise the injustices of our past; Honour those who suffered for justice and freedom in our land; Respect those who have worked to build and develop our country; and Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity. We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to -*
Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights;
Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law;
Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and
Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations.
May God protect our people.
Nkosi Sikelel’ iAfrika. Morena boloka setjhaba sa heso.
God seën Suid-Afrika. God bless South Africa.
Mudzimu fhatutshedza Afurika. Hosi katekisa Afrika.
- ¹⁴ Abraham Maslow defines self-actualisation as “man’s desire for self-fulfilment ... the tendency for him to become actualised in what he is potentially”; Maslow *Motivation and personality* (1954) 46ff; See also Maslow *The farther reaches of human nature* (1971) 41ff; Maslow *Towards a psychology of being* (1999) 93ff.
- ¹⁵ Ciacchi “Freedom of contract as freedom from unconscionable contracts” in Kenny, Devenney and O’Mahony (eds) *Unconscionability in European private financial transactions* (2010) 8; Mak *Fundamental rights in European contract law* (2008) 25ff.
- ¹⁶ Hawthorne “Equality and the law of contract: the possible impact of Aristotle’s theory of commutative justice” 2015 *Studia Universitatis Babeş-Bolyai Serie Jurisprudentia* Numeral 3.
- ¹⁷ Ciacchi (n 15) 7ff.
- ¹⁸ Hesselink “The principles of European contract law: Some choices made by the Lando Commission” in Hesselink, de Vries (eds) *Principles of European contract law, Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor burgerlijk recht* (2001) 7, 49; Lurger “The ‘social’ side of contract law and the new principle of regard and fairness” in Hartkamp and Veldman *et al* (eds) *Towards a European Civil Code* (2004) 273ff; Lurger *Consumer law – Forerunner for a part of European contract law code? The case of Austrian consumer law* in Grundmann and Schauer (eds) 205-218; Wilhelmsson “Varieties of Welfarism in European contract law” 2004 *European LJ* 712ff.
- ¹⁹ Kaplow and Shavell *Fairness versus Welfare* (2002) 3; see also Nieuwenhuis *Waartoe is het recht op aarde?* (2006) 1ff; Ciacchi (n 15) 8. Mak (n 15) 25ff; Cherenychenko *Fundamental Rights, contract law and the protection of the weaker party* (2007) 10-11 and *passim*.

- ²⁰ Grundmann “European contract law(s) of what colour”? 2005 *European Review of Contract Law* 184; Cherenychenko (n 19) 10f and *passim*.
- ²¹ Campbell and Collins “Discovering the implicit dimensions of contracts” in Campbell, Collins and Wightman *Implicit dimensions of contract* (2003) 25. The reference to classical contract doctrine is a reference to doctrine; For an in-depth analysis see the seminal work by Atiyah *The rise and fall of freedom of contract* (1979) 226ff; Adams and Brownsword *Understanding contract law* (2004) 185-204; Collins *The law of contract* (2003) 3-10; Collins defines classical theory as follows: “The classical law, by which is meant the elegant constructions of legal doctrine by jurists and judges of the nineteenth century, is thought by many modern writers to be an inadequate form of legal reasoning about contractual relationships. The classical law’s doctrines facilitated an understanding of contracts as a disembodied association between individuals. ... They [these doctrines] corresponded to the description of the system of economic relationships as a market in which ‘faceless buyers and sellers...meet...for an instant to exchange standardised goods at equilibrium prices’”. Collins quotes Y Ben-Porath “The F-connection: families, friends and firms and the organisation of exchange” 1980 *Population Development Review* 1; Adams and Brownsword *Key issues in contract* (1995) at 217; Brownsword “Freedom of contract, human rights and human dignity” in Friedmann and Barak-Erez (eds) *Human rights in private law* (2002) 181, 185ff.
- ²² Atiyah (n 21) 25, 292ff.
- ²³ Atiyah (n 21) 226ff, 388ff; Adams and Brownsword *Understanding* (n 21) 185-204; Collins (n 21) 3-10; Brownsword “After Investors: Interpretation, Expectation and the Implicit Dimension of the ‘New Contextualism’” in *Implicit Dimensions* (n 21) 24; Pretorius “Individualism, Collectivism and the limits of good faith” 2003 *THRHR* 638, 639-641.
- ²⁴ This view has been expressed by Brand JA as recently as 2012 in *Potgieter v Potgieter* 2012 1 SA 637 (SCA) para [36] where he stated that “the reason why our law cannot endorse the notion that judges may decide cases on the basis of what they regard as reasonable and fair, is essentially that it will give rise to intolerable legal uncertainty. That much has been illustrated by past experience. Reasonable people, including judges, may often differ on what is equitable and fair. The outcome in any particular case will thus depend on the personal idiosyncrasies of the individual judge. Or, as Van den Heever JA put it in *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) at 500, if judges are allowed to decide cases on the basis of what they regard as reasonable and fair, the criterion will no longer be the law but the judge. (See also *Brisley* para [24]; *Bredenkamp* para [38]; Nienaber “Regters en juriste” 2000 *TSAR* 190 at 193; Hefer “Billikheid in die kontraktereg volgens die Suid-Afrikaanse regs kommissie” 2000 *TSAR* 143).
- ²⁵ Hawthorne “Legal tradition and the transformation of orthodox contract theory: The movement from formalism to realism” 2006 *Fundamina* 71 76ff.
- ²⁶ Hawthorne “Distribution of wealth, the dependency theory and the law of contract” 2006 *THRHR* 48 53ff; Hawthorne “New learning” (n 11) 2008 *SAPR/PL* 77 79; Friedmann *Law in a changing society* (1959) 124; Horwitz *The transformation of American Law 1780-1860* (1977) 181ff; Antonioli “Consumer Protection Fair dealing in marketing contracts and European contract law – a uniform law? in Collins (ed) *The forthcoming EC directive on unfair commercial practices – contract consumer and competition law implications* (2004) 288ff.
- ²⁷ For South Africa see Van der Merwe, Van Huyssteen, Reinecke, Lubbe *Contract general principles* (2012) 9ff; Christie and Bradfield *Christie’s The law of contract in South Africa* (2011) 8ff; Kerr *The principles of the law of contract* (2002) 7ff; Hutchison and Pretorius *The law of contract* (2012) 21ff.

- ²⁸ Parties are free to choose their own terms and if one chooses more skilfully than the other, this is considered the working of the free market. See Horwitz "The rise of legal formalism " (1975) *American J of Legal Hist* 251 at 256-7: "What came to be certified as purely 'legal', of course were those rules of law that had been established ... to implement a market regime."
- ²⁹ For example: *Deeb v Absa Bank Ltd Friedman v Standard Bank of SA Ltd* 1999 4 SA 928; *Mort NO v Henry Shields-Chiat* 2000 (1) SA 464 (CPD); *De Beer v Keyser* 2002 1 SA 827 (SCA); *Brisley v Drotsky* 2002 4 SA 1 (SCA); *Afrox Healthcare Bpk v Strydom* 2002 6 SA 21 (SCA); *Absa Bank v Lombard* 2005 SA 350 (SCA). Van der Merwe *et al* (n 27) 45; Kerr (n 27) 131ff; Glover and Kerr "May essential provisions of a contract be determined by one of the parties alone?" 2000 *SALJ* 201; Hutchison "Non-variation clauses in contract: Any escape from the Shifren straightjacket" 2001 *SALJ* 720; Hawthorne "Public policy - has the unruly horse died?" 2003 *THRHR* 116; Hawthorne "The end of *bona fides*?" 2003 *Merc LJ* 271; Bhana and Pieterse (n 10) 2005 *SALJ* 865; Naudé and Lubbe "Exemption clauses – a re-think occasioned by Afox Healthcare Bpk v Strydom" 2005 *SALJ* 441; Bhana "The law of contract and the Constitution Napier v Barkhuizen (SCA)" 2007 *SALJ* 269 274; Hawthorne "New learning" (n 11) 2008 *SAPR/PL* 77; Barnard-Naudé "'Oh, what a tangled web we weave ...' Hegemony, freedom of contract, good faith and transformation – towards a politics of friendship in the politics of contract" 2008 *Constitutional Court Review* 155 especially 189ff; Nortjie "Unfair contractual terms – Effect of Constitution: Bredenkamp v Standard Bank of South Africa Ltd 2009 5 SA 304 (GSJ) and 2009 6 SA 277 (GSJ)" 2010 73 *THRHR* 517 especially at 528f.
- ³⁰ *Mort NO v Henry Shields-Chiat* 2000 (1) SA 464 (CPD).
- ³¹ At 475G-J, 476F-J.
- ³² *Brisley v Drotsky* 2002 4 SA 1 (SCA).
- ³³ At para [94] and para [95].
- ³⁴ The reference to classical contract law is a reference to the doctrine in general use among lawyers and judges and reflected in major treatises on the law of obligations. Cf Van der Merwe *et al* (n 27)8ff; Christie and Bradfield (n 27)7ff; Kerr (n 27) 7ff; Hutchison and Pretorius *The law of contract* (2012) 21ff; For an in-depth analysis see the seminal work by Atiyah (n 21) 226ff; Adams and Brownsword *Understanding* (n 21) 185-204; Collins (n 21) 3-10; Campbell and Collins in *Implicit dimensions* (n 21) 25; Adams and Brownsword *Key issues* (n 21) at 217: "According to the classical view, the social function of contract is not simply to facilitate exchange: contract is a vehicle for maximising economic self-interest. Contractors may legitimately pursue their own interests, prioritising their own interests against those of the other side, subject only to such minimal constraints as those pertaining to fraud and coercion."; Brownsword "Freedom of contract" in *Human rights in private law* (n 21) 181, 185ff.
- ³⁵ 2007 (5) SA 323 (CC).
- ³⁶ Thus avoiding the question of the horizontal effect to human rights. Direct horizontal effect would entail that the rights in the Bill of Rights must not only be respected by the state, but by all private persons. Consequently, the private law would hence be interpreted and if necessary corrected in order to realise the citizen's human rights to the largest possible extent. This aspect of the Barkhuizen decision elicited strong reactions see in this regard Rautenbach "Constitution and contract – exploring "the possibility that certain rights may apply directly to contractual terms or the common law that underlies them" 2009 *TSAR* 613; Sutherland "Ensuring contractual fairness in consumer contracts after *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC) Part 1 2008 *Stell LR* 390 at 394ff; Bhana and Pieterse (n 10) 2005 *SALJ* 865; Woolman "The amazing, vanishing bill of rights" 2007 *SALJ* 762.

- ³⁷ Policy considerations can make enforcement of certain contracts undesirable. Thus, certain contracts are, for the sake of public interest, not enforced. The landmark case in this respect in the South African law of contract is *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A), in which decision the Appellate Division (as it was then) held that agreements inimical to the interests of the community or run counter to social or economic expedience, will not be enforced on the grounds of public interest.
- ³⁸ Para [28].
- ³⁹ Listing, among others, the values of human dignity, equality and freedom, and the rule of law (paras [28-29]) Ngcobo J added that public policy is interwoven with fairness, justice, equity, reasonableness, *ubuntu* and simple justice between men, and recalls that public policy is the general sense of justice of the community, the *boni mores*, manifested in public opinion (par [73]).
- ⁴⁰ Cf Cherednychenko (n 19) 11.
- ⁴¹ Antonioli "Consumer Protection" in Collins (ed) *The forthcoming EC directive* (n 26) 288ff; Collins (n 21) 5 and 35f, who explain that these ideologies underlie the law of contract and play a major role in contract law adjudication; Hawthorne "Legal tradition" (n 25) 2006 *Fundamina* 71; Atiyah (n 21) 226ff, 388ff; Adams and Brownsword *Understanding* (n 21) 185-204; Collins (n 21) 3-10; Brownsword "After Investors" in *Implicit Dimensions* (n 21) 24; Pretorius "Individualism" (n 23) 2003 *THRHR* 638, 639-641.
- ⁴² The Consumer Protection Act 68 of 2008 became effective on 24 October 2010.
- ⁴³ 1997 1 SA 124 (CC)
- ⁴⁴ At 12 para [14].
- ⁴⁵ *Afrox Healthcare Bpk v Strydom* 2002 6 SA 21 (SCA) at para [12]]; *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) at para [59] Ngcobo J stated: "In *Afrox* the Supreme Court of Appeal recognised that unequal bargaining power is indeed a factor that *together with other factors* [my emphasis] plays a role in the consideration of public policy [footnote excluded]. This is a recognition of the potential injustice that may be caused by inequality of bargaining power". And further in para [59]: "[T]he relative situation of the contracting parties is a relevant consideration in determining whether a contractual term is contrary to public policy. I endorse this principle. This is an important principle in a society as unequal as ours"; *Bredenkamp v Standard Bank of SA Ltd* 2009 5 SA 304 (GSJ) para [61]; 2009 6 SA 277 (GSJ) paras [21–26]. Cf Hawthorne "Contract law: Contextualisation and unequal bargaining position redux" 2010 *De Jure* 395.
- ⁴⁶ 68 of 2008.
- ⁴⁷ Hawthorne "Equality" (n16) 2015 *Studia Universitatis Babes-Bolyai Serie Jurisprudentia* Numeral 3. Gordley *The philosophical origins of modern contract doctrine* (1991); "Contract law in the Aristotelian tradition" in Benson (ed) *The theory of contract law* (2001) 286; "The moral foundations of private law" 2002 *The American Journal of Jurisprudence* 1-23; "Equality in exchange" 1981 *California LR* 1587-1656. For a full list of Gordley's work consult www.law.tulane.edu/uploadedFiles/Faculty_and_Admin/CVs/jgordley_cv.pdf (at 29-02-2016).
- ⁴⁸ *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG).
- ⁴⁹ BVerfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 (referred to as the *Bürgerschaft* case)
- ⁵⁰ Grundgesetz (GG).
- ⁵¹ This provision was defined in 1957 by the German Federal Constitutional Court as a catch- all fundamental right to general freedom of action, embracing all manifestations of freedom which are not covered by other more specific fundamental rights. See Ciacchi (n 15) 9.

- ⁵² BverfG 19 October 1993, BVerfGE 89, 214 this is the reference to the famous *Bürgerschaft* case known as the “Suretyship” judgement; see also BverfG 6 February 2001 BVerfGE 103, 89 (2001) *Neue Juristische Wochenschrift* 957
- ⁵³ BVerfG 26 July 2005, 1 BvR 782/94 and 1 BvR 957/96 (2005) *Neue Juristische Wochenschrift* 2363; BVerfG 26 July 2005, 1 BvR 80/95 (2005) *Neue Juristische Wochenschrift* 2376.
- ⁵⁴ Ciacchi (n 15) 12f.
- ⁵⁵ Ciacchi (n 15) 8.
- ⁵⁶ Cherednychenko (n 19) 10.
- ⁵⁷ Cherednychenko (n 19) 11.
- ⁵⁸ *Ibid.*
- ⁵⁹ Liebenberg “Towards an equality promoting interpretation of socio-economic rights in South Africa: Insights from egalitarian liberal tradition” 2015 *SALJ* 411ff; Hawthorne “Constitution and contract: Human dignity, the theory of capabilities and *Existenzgrundlage* in South Africa” 2011 *Studia Universitatis Babes-Bolyai. Series: Iurisprudentia* Numeral 2 (at studia.law.ubbcluj.ro).
- ⁶⁰ Gordley “Aristotelian tradition” in Benson *Theory* (n 47) 286;
- ⁶¹ Ss 1, 7 and 39(1) and (2).
- ⁶² Hawthorne “Constitution and contract” (n 59) 2011 *Studia Universitatis Babes-Bolyai. Series: Iurisprudentia*– Numeral 2; Hawthorne “New learning” (n 11) 2008 *SAPR/PL* 77 78; Botha (n 3) 2001 *THRHR* 523 535.
- ⁶³ De Kock and Hallebeek “Precontractual duties to inform in early modern scholasticism” 2010 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 91; Also Gordley “Equality” (n 47) 1981 *California LR* 1587-1656; “Aristotelian tradition” (n 47) 265-335; *Philosophical origins* (n 47); “Moral foundations” (n 47) 2002 *The American Journal of Jurisprudence* 1-23.
- ⁶⁴ Gordley “The moral foundations of private law” 2002 *The American Journal of Jurisprudence* 8.
- ⁶⁵ Liebenberg “The value of human dignity in interpreting socio-economic rights” 2001 *South African Journal of Human Rights (SAJHR)* 7ff; “Equality promoting interpretation”(n 59) 2015 *SALJ* 411ff.
- ⁶⁶ Maslow *Motivation* (n 14) 46ff ; *Human nature* (n 14) 41ff; *Psychology of being* (n 14) 93ff.
- ⁶⁷ Maslow defines self-actualisation as “man’s desire for self-fulfilment ... the tendency for him to become actualised in what he is potentially”; *Motivation* (n 14) 46ff; *Human nature* (n 14) 41ff; *Psychology of being* (n 14) 93ff.
- ⁶⁸ Maslow *Motivation* (n 14) 46f.
- ⁶⁹ This is how Sandra Liebenberg phrases this ideal in “Value of Human Dignity” (n 65) 7 and Liebenberg “Equality promoting interpretation (n 59) 23ff, 59ff.
- ⁷⁰ 1971.
- ⁷¹ Rawls *Political liberalism* (1996) 28.
- ⁷² Rawls (n 1) xiii.
- ⁷³ Rawls (n 1) 243, 267.
- ⁷⁴ Rawls (n 71) 181
- ⁷⁵ Brooks “The capabilities approach and political liberalism” in Brooks and Nussbaum (eds) *Rawl’s political liberalism* (2015) 153.
- ⁷⁶ Rawls (n 71) 187.
- ⁷⁷ Brooks (n 75) 153.
- ⁷⁸ Rawls *Justice as fairness* (2001) 19.
- ⁷⁹ Brooks (n 75) 153.
- ⁸⁰ Rawls (n 78) 129.

- ⁸¹ Hawthorne “Constitution and contract” (n 59) 2011 *Studia Universitatis Babes-Bolyai. Serie: Jurisprudentia* 2011 Numarul 2 (at <http://studia.law.ubbcluj.ro>); Brooks (n 75) 154ff.
- ⁸² Stanford Encyclopedia of Philosophy *The capability approach* (at <http://plato.stanford.edu/entries/capability-approach/>); Sen “Capability and well being” in Nussbaum and Sen (eds) *The quality of life* (1993) 30-53.
- ⁸³ Sen (n 82) *ibid.*
- ⁸⁴ Nussbaum *Women and Human Development-The Capabilities Approach* (2000) 5.
- ⁸⁵ Nussbaum “Human dignity and political entitlements” in *Human dignity and bioethics: essays commissioned by the President’s council on bioethics* (2008) 351.
- ⁸⁶ “Human dignity” (n 85) 377.
- ⁸⁷ Hawthorne “Constitution and contract”(n 59) 2011 *Studia Universitatis Babes-Bolyai. Serie: Jurisprudentia* 2011 Numarul 2 (<http://studia.law.ubbcluj.ro>).
- ⁸⁸ Collins (n 21) 21f; 403-405; Collins “Introduction: The research agenda of implicit dimensions of contracts” in *Implicit dimensions* (n 21) 1ff.
- ⁸⁹ *Ibid.* CHECK
- ⁹⁰ Kaplov and Shavell *Fairness versus Welfare* (2002); also Nieuwenhuis (n 19) 1ff.
- ⁹¹ *Fairness versus Welfare* (2002) 3.
- ⁹² Collins (n 21) 25.
- ⁹³ Collins (n 21) 404; Nieuwenhuis (n 19)1; Hawthorne “Materialisation and Differentiation of contract law: Can Solidarity maintain the Thread of Principle which links the Classical Ideal of Freedom of Contract with Modern Corrective Intervention” (2008) *THRHR* 438 at 434f.
- ⁹⁴ Collins (n 21) 21ff.
- ⁹⁵ Collins (n 21) 10.
- ⁹⁶ Collins (n 21) 22.
- ⁹⁷ Cf Ch 4 of the National Credit Act 34 of 2005; Sec 4 (2) of the Prevention of Illegal Eviction Act 19 of 1998; Sec 5 of the Rental Housing Act 50 of 2000.
- ⁹⁸ Collins (n 21) 13.
- ⁹⁹ Ramsay “Consumer credit law, distributive justice and the welfare state” 1995 *Oxford Journal of Legal Studies* 177; Kronman “Contract law and distributive justice” 1980 *Yale L J* 472; Lucy “Contract as a mechanism of distributive justice” 1989 *Oxford Journal of Legal Studies* 132.
- ¹⁰⁰ Collins (n 21) 22.
- ¹⁰¹ *Ibid.*
- ¹⁰² Collins (n 21) 404.
- ¹⁰³ Hawthorne “Materialisation” (n 93) *THRHR* 438 at 443ff.
- ¹⁰⁴ 1995 (3) SA 391 para [328].
- ¹⁰⁵ 2004 (6) SA 505 (CC) at para [52].
- ¹⁰⁶ 2000 (11) BCLR 1169.
- ¹⁰⁷ Cf Liebenberg “Value of Human Dignity” (n 65) 1; Haysom “Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights” 1992 2 *SAJHR* 451.
- ¹⁰⁸ At para [23].
- ¹⁰⁹ *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC) footnotes excluded.
- ¹¹⁰ At para [8].
- ¹¹¹ At para [44].

¹¹² Cf Liebenberg "The Interpretation of Socio-Economic Rights" in Woolman *Constitutional Law CHECK* (n 31) 33-37; Liebenberg "Value of human Dignity" (n 65) 4ff; Liebenberg "Equality promoting interpretation" (n 59) 23ff, 59ff.

¹¹³ 68 of 2008.

¹¹⁴ *Barkhuizen v Napier* 2007 5 SA 323 (CC).

¹¹⁵ www.baloise.be/nl/over-baloise-insurance/pers/press-room/Baloise-insurance-maakt-komaf-met-kleine-lettertjies.html at 8-3-2016. The project took eight months and the language aims at the average literacy capacity of a fourteen year old. Other policies will be reworded as well in future.

¹¹⁶ Ciacchi (n 15) 8.

ARTICOLE

**CÂTEVA IPOSTAZE ALE AUTONOMIEI DE VOINȚĂ
ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT**

Călina JUGASTRU*

Abstract: *A few instances of the will autonomy in international private law. Amplifying the space of the will autonomy is a process that "takes over" more and more areas, both in the national conflictual law and in the European law. At an overview of the provisions of private international law, the ascent of the will autonomy (even in areas where, until a certain time, would have been unthinkable) cannot go unnoticed. What contributed to increasing the role of the will autonomy and to the normative expansion of the principle was the segment of international judicial cooperation. In the context of the European law, the will autonomy is one of the links carefully designed to encourage state cooperation and to "positively" address some legal norms (regulations) which enter into the national law of the Member States immediately, directly and primarily. From the level of the norms from the European regulations, the principle of will autonomy has become a source of inspiration and a regulatory model for some of the European states' legislatures.*

We note some of the technical aspects of the will autonomy in the conflicts of laws: choosing the applicable law (in matters of divorce and body separation, matrimonial regimes, contract, unilateral legal act, succession, civil claims consecutive with the violation of personality rights); choosing the type of conjugal or paraconjugal union; choosing the matrimonial regime; choosing the state where the headquarters of the legal person will be. In conflicts of jurisdiction, choosing the forum is the expression of the will autonomy of the parties, provided that it is ineffective in cross-border disputes that are stolen from the parts availability.

Cuvinte cheie: *conflicte de legi, conflicte de jurisdicții, autonomia de voință, forme*

Keywords: *conflicts of laws, conflicts of jurisdictions, will autonomy, forms*

§1. Preliminarii

Relația dreptului internațional privat cu autonomia de voință este una specială. Aceasta din urmă îl desăvârșește ca drept al particularilor, îi conferă flexibilitate (în ce privește ordonarea punctelor de legătură din structura normelor conflictuale) și îi întregeste/ sporește atractivitatea, încurajând legarea raporturilor juridice transfrontaliere.

Raporturile cu element de extraneitate valorifică principiile ale dreptului privat și, pe fundamentul „comun”, adaugă noi semnificații și elemente de conținut. Autonomia de voință este unul dintre principiile căruia dreptul internațional privat i-a oferit o formă aparte de expresie – *lex voluntatis*.

S-a afirmat, la un moment dat, că autonomia de voință este o modalitate prin care voința părților se substituie legii care ar fi fost aplicabile, dacă s-ar fi luat în considerare punctul de legătură indicat de norma de conflict (adică dacă s-ar fi recurs la localizarea obiectivă a raportului juridic)¹. Chiar mai mult decât atât, voința părților se aplică direct raportului juridic, în cazurile și în limitele permise de lege, fără a fi necesară desemnarea obiectivă a legii competente și apoi înlăturarea acesteia, în temeiul autonomiei de voință.

Reglementările de drept internațional privat privesc autonomia de voință ca fiind o facultate pe care o au particularii, persoane fizice și persoane juridice în gestionarea raporturilor cu element de extraneitate. Exprimarea voinței de a aplica o anumită lege materială este o posibilitate aflată la dispoziția participanților la circuitul privat transfrontalier. În măsura în care aceștia nu vor valorifica beneficiul determinării subiective a legii aplicabile, intră în acțiune norma de conflict care determină obiectiv dreptul material aplicabil. Observăm, de pildă, că dreptul român are variante de rezervă în operațiunea localizării obiective, pentru a preveni situația în care legea aplicabilă nu ar fi identificabilă. Ultima soluție, în „cascada” enumerării legilor aplicabile, este norma conflictuală care include puncte de legătură întotdeauna determinabile. Fie că este legea locului celebrării căsătoriei (pentru efectele generale ale căsătoriei) fie că este legea locului încheierii actului juridic (pentru condițiile de fond ale actului juridic) raportul juridic nu rămâne „descoperit”, din perspectiva *lex causae*.

În cuvintele cele mai simple, autonomia de voință conferă părților libertatea de a desemna, ele însele, legea pe care o preferă pentru a cârmui raportul juridic cu element străin. În general, lucrările de specialitate tratează autonomia de voință cu trimitere la materia actului juridic cu element de extraneitate². Trebuie precizat însă, că autonomia de voință nu este specifică acestei materii, dar o caracterizează, prin excelență. Actul juridic, ca produs al voinței (autorului sau părților) este câmpul preferat de manifestare al autonomiei de voință, însă nu este singurul. Regulamentele europene uzează tot mai frecvent de autonomia de voință și inspiră legislațiile naționale de drept internațional privat. Astfel, se poate aprecia că, sub diverse forme de expresie și în diverse materii, principiul autonomiei de voință va fi multiplicat în raporturile juridice cu element de extraneitate.

§2. Noțiune și fundament

2.1. Noțiune

Ambele principii ale dreptului substanțial – principiul autonomiei de voință și principiul voinței reale (interne) – sunt operante în raporturile cu element de extraneitate. Pe lângă semnificațiile care le sunt atribuite în dreptul material, regulile fundamentale amintite dobândesc dimensiuni particulare și un plus de sensuri în dreptul internațional privat. Dezvoltăm, în acest

context, principiul autonomiei de voință, care găsește forme particulare și multiple de expresie în dreptul internațional privat.

2.2. Fundament

Rezultă cu claritate, din cele expuse, o serie de avantaje ale alegerii legii aplicabile în plan internațional privat. Dincolo de gama largă de opțiuni, de optimizarea gestiunii situației generate de raportul juridic, în funcție de norma desemnată ca aplicabilă, rămâne predictibilitatea atât de necesară în raporturile private cu element străin. Momentul alegerii legii aplicabile nu este unul spontan. Legiuitorul pune la dispoziția subiecților de drept o alegere care se dorește a fi rezultat al examinării variantelor de lege aplicabilă, cântării avantajelor și dezavantajelor fiecărei opțiuni, deliberării și deciziei. Hotărârea părților sau autorului de a se îndrepta spre un anumit sistem de drept este expresia autonomiei de voință și, în același timp, are avantajul consimțământului informat la încheierea convenției de alegere a legii aplicabile (sau la exprimarea voinței unilaterale a autorului).

Acestea ar fi rațiunile pentru care autonomia de voință ocupă un spațiu tot mai important în relațiile cu element extraneu. Regulamentele europene confirmă faptul că determinarea subiectivă a legii aplicabile este regula în materie de cooperare judiciară pe linie civilă și comercială.

Explicații pe marginea predictibilității pot fi dezvoltate, pentru fiecare dintre domeniile autonomiei de voință. Reținem câteva comentarii edificatoare în materie de succesiuni internaționale. Principiul predictibilității facilitează autorului succesiunii posibilitatea de a-și planifica transmisiunea în condiții de siguranță și certitudine, nu numai în privința legii aplicabile succesiunii, cât și în ce privește autoritatea căreia îi revine sarcina de a o formaliza. "Predictibilitatea favorizează planificarea succesorală (*succession planning*) și are legătură directă cu autonomia de voință ce poate fi exercitată în această materie. În plus, autorul succesiunii avea posibilitatea, chiar înainte de data aplicării Regulamentului (17 august 2015 – art. 83 alin. 2), să aleagă legea care va governa succesiunea sa [...]"³.

§3. Relația cu drepturile fundamentale ale omului

Una dintre analizele interesante dezvoltate doctrinar este cea care pune autonomia de voință în relație cu unele drepturi fundamentale consacrate și garantate la nivel internațional. Sunt vizate, cu precădere, dreptul la respectarea vieții private și familiale și dreptul persoanei de a dispune de sine însuși.

3.1. Relația cu dreptul la respectarea vieții private⁴

Punctul de plecare al discuției este analogia, în ce privește asimilarea perimetrului de libertate pe care îl implică autonomia de voință cu spațiul de libertate și neimixtiune pe care îl presupune, prin definiție, viața privată și pe separația netă între sfera publică și sfera privată.

Individul are, în virtutea autonomiei de voință, la fel ca și în contextul vieții private, posibilitatea de a fi la adăpost de controlul statului, de intervenția autorităților (publice) și de a beneficia de libertate de acțiune. Autonomia de voință este “înainte de toate, dreptul individului de a se dezvolta în afara sferei sociale și politice, este dreptul de a-și rezerva un spațiu privat, în care statul nu are nicio intervenție și în care nu suferă nicio constrângere de natură politică”⁵. Astfel concepută, autonomia de voință este menită lărgirii, pe cât posibil, a ariei individuale de acțiune și evitării imixtiunilor din partea societății. Privită sub aspectul dreptului la dezvoltare personală, viața privată apare ca expresie a unui drept fundamental, a cărui sursă se găsește în autonomia voinței individuale. Acest drept fundamental este prerogativa exprimată în autodeterminarea individuală, adică dreptul oricărei persoane la efectuarea alegerilor pe care le consideră oportune pentru propriul destin și dreptul la alegerea aspectelor personalității pe care fiecare dorește a le pune în valoare. Dreptul la viață privată are vocație universală și nu ține seama de criterii de natură culturală, religioasă sau geografică⁶.

Într-adevăr, viața privată este un concept multiform, ale cărui fațete nu sunt exhaustiv menționate nici în legislațiile naționale. Manifestările vieții private pot surprinde oricând, cu noi aspecte de conduită umană, unele dificil sau imposibil de anticipat. Cu ani buni în urmă, nu era previzibilă impetuoșitatea evoluției tehnologiilor moderne de comunicare în mediul virtual, astfel că era puțin probabil să fie luată în calcul ipoteza încălcării secretului corespondenței electronice sau violarea intimității virtuale prin transmiterea comunicărilor comerciale nesolicitate, cunoscută actualmente sub denumirea de *spam*.

Ceea ce rămâne peren este esența vieții private, identificată unui sector personal, în care nimeni nu poate pătrunde fără acordul celui în cauză⁷. Arătam cu alt prilej⁸, viața privată presupune controlul deplin al subiectului asupra informațiilor, deciziilor și acțiunilor care se referă la viața intimă, viața familială, dar și relațiile interumane care nu privesc colectivitatea, statul. Viața privată este o sferă de autodeterminare, pe de o parte și de excludere, pe de altă parte; dreptul la viață privată se analizează nu doar ca un drept la secretul vieții private, dar și ca libertate a vieții private. Având în vedere aceste perspective, dreptul la viață privată poate fi pus în relație cu autonomia de voință, aceasta din urmă fiind sursa libertății de acțiune individuală, în toate aspectele vieții personale.

Concretizând, autonomia de voință este vizibilă în cadrul diferitelor aspecte ale vieții private⁹. Jurisprudența internațională susține și dezvoltă filonul dezvoltării personale, de exemplu, cu privire la numele persoanei fizice. *Odièvre contra Franței* reamintește că articolul 8 al Convenției europene a drepturilor omului (“Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale”) protejează dreptul la identitate și dezvoltare personală, statuând că, în rândul aspectelor de dezvoltare personală figurează stabilirea detaliilor care definesc identitatea umană¹⁰. Mergem mai departe, arătând că, însăși libertatea părinților de a decide prenumele pe care îl va purta copilul, este tot un aspect de liberă manifestare a voinței.

Dreptul la căsătorie nu poate fi disociat de manifestarea voinței de a întemeia o familie. Curtea de la Strasbourg (*Goodwin contra Regatului Unit*) a asimilat soților, două femei și, respectiv, doi bărbați, recunoscându-le și posibilitatea de a crește împreună copiii (concepți

natural, cu un bărbat din afara cuplului; rezultați din reproducerea medical asistată sau adoptați). Voița partenerilor de același sex de a se căsători a condus la reconsiderarea jurisprudențială a noțiunii de căsătorie. Unele state au preluat această optică și au consacrat legislativ mariajul persoanelor de același sex. Aceeași expresie a manifestării autonomiei de voiță a fost la originea creării unui cadru legislativ aparte pentru uniunile libere, înregistrate la autorități și cunoscute sub denumirea de parteneriate civile¹¹ (heterosexuale sau încheiate între persoane care au același sex). Libertatea actului homosexual consensual, desfășurat în intimitatea vieții private a fost consacrată, încă din 1981, prin condamnarea statului irlandez în cauza *Dudgeon contra Marii Britanii*¹².

Voița părților concretizează dreptul la căsătorie, dar nu și dreptul la disoluția căsătoriei. **Nu există dreptul la divorț**, chiar dacă în materie de alegere a legii aplicabile divorțului operează autonomia de voiță.

Aspectele intime ale vieții private se corelează cu autonomia de voiță, în direcția recunoașterii noii identități civile a transsexualului operat (*Christine Goodwin contra Regatului Unit*). Repercusiunile în relațiile private internaționale privesc condiția de fond (impedimentul absolut la căsătorie) a diferenței de sex, reglementată (încă) de majoritatea legislațiilor. Persoana transsexuală care a beneficiat de hotărâre definitivă de recunoașterii a noului sex, este îndreptățită și la recunoașterea, din punct de vedere civil, a conversiunii de sex.

3.2. Relația cu dreptul persoanei de a dispune de sine însuși

Libertatea individuală și autonomia de voiță întemeiază deciziile permise de lege, ca manifestări ale dreptului persoanei de a dispune de sine. Unele procedee reglementate au, ca punct central, dispoziția asupra propriului corp – de pildă, tehnicile de reproducere medical asistată și prelevarea sau transplantul de țesuturi și organe. În contextul acestor proceduri medicale, consimțământul persoanei, exprimat în forma prevăzută de lege, este determinant pentru intervențiile asupra corpului uman.

Filiația artificială transfrontalieră este o realitate cu soluții validate în practica instanțelor naționale și a Curților europene. Diferențele de reglementare sunt notabile, de la stat la stat, unele sisteme de drept admit numai anumite forme ale reproducerii asistate medical, altele nu conțin nicio prevedere pentru asemenea situații. Autonomia de voiță întemeiază actul medical și actul juridic (manifestarea consimțământului informat) al terțului donator și al viitorului părinte (sau al viitorilor părinți).

Unul dintre procedeele cele mai interesante este cel al maternității-surogat (maternitatea de substituție), care implică mai mulți participanți, atât la decizia de natură medicală, cât și la manifestarea acordului de voiță (pentru alegerea mamei purtătoare, pentru actele medicale, pentru perfectarea contractului de maternitate). După caz, alături de mama surogat, sunt prezenți părințele comanditar sau părinții comanditari (cuplul heterosexual sau de același sex; persoane căsătorite, parteneri înregistrați sau concubini). În relațiile cu element străin, procedurile medicale se desfășoară în străinătate, întrucât dreptul forului nu este permisiv în ce privește procedurile filiației de substituție. Reflexul autonomiei de voiță este accentuat în materie, întrucât mecanismul complet include, ulterior nașterii copilului de către mama purtătoare, solicitarea părinților de

intenție în sensul recunoașterii de maternitate sau de paternitate (cerere adresată autorităților administrative) ori recunoașterii hotărârii străine ce consemnează legătura de filiație (cerere adresată instanței de judecată). Curtea de la Strasbourg a validat efectele juridice ale manifestărilor succesive de voință ale părților, deciziile recente menționând obligativitatea consacării filiației rezultate din gestația pentru altul, atunci când filiația artificială se suprapune (parțial sau total) cu filiația biologică (unul dintre părinții comanditari sau ambii au donat material genetic). Refuzul de recunoaștere a identității civile a copiilor, stabilită pe teritoriul american, are semnificația încălcării vieții private a copiilor, întrucât identitatea este parte componentă a vieții private¹³. Prin urmare, hotărârile Curții franceze de casație aduc atingere excesivă interesului superior al copilului și dreptului acestuia la viață privată¹⁴.

Prelevarea de organe umane, țesuturi și celule este reglementată (în dreptul român) de Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății¹⁵. La nivel transfrontalier, datele problemei se rezolvă în raport de prevederile dreptului substanțial aplicabil în calitate de *lex fori*. Indiferent de dreptul aplicabil, consimțământul rămâne piatra unghiulară a realizării procedurilor medicale. Pentru donatorul în viață, este strictă respectarea prevederilor legale referitoare la consimțământul special și informat. Dacă donatorul nu mai este în viață, trebuie luate în calcul eventualele prevederi ale dreptului național privind protecția memoriei persoanelor decedate.

§4. Autonomia de voință în conflictele de legi

Atât conflictele de legi, cât și conflictele de jurisdicții fructifică voința părților, în materii variate. Exemplificăm cu prevederile noului Cod civil și ale noului Cod român de procedură civilă.

Determinarea subiectivă (în temeiul voinței) a legii aplicabile în conflictele de legi este reglementată, de exemplu, pentru divorț. Dacă soții nu optează pentru una dintre legile indicate expres, se aplică regulile de identificare obiectivă. Organizarea relațiilor soților în cadrul regimului matrimonial face, de asemenea, obiectul alegerii legii părților. Soții sau viitorii soți vor examina legile posibil de ales și se vor opri la acele dispoziții legale care corespund intențiilor și necesităților de ordin patrimonial. Autonomia de voință este prezentă în materia actelor juridice, în materie succesorală, precum și în cazul pretențiilor civile consecutive încălcării drepturilor personalității.

4.1. Alegerea tipului de uniune conjugală/ paraconjugală

Dreptul internațional privat abordează forma clasică de uniune conjugală (căsătoria) și, alături de aceasta, uniunile libere. Concubinajul nu este instituționalizat (dreptul român, de pildă, nu îi recunoaște efecte juridice, nici dreptul european), dar, într-o oarecare măsură, au intrat în atenția legiuitorilor parteneriatele înregistrate. Fără să se poată vorbi de un tipar clar al parteneriatului civil, unele state l-au consacrat legislativ, dar cu regim juridic divers. Chiar dacă sunt eterogene, parteneriatele înregistrate au intrat și în reglementările europene, pe segmentul cooperării judiciare. Au reținut atenția legiuitorului european doar efectele patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate, a căror recunoaștere poate fi solicitată pe teritoriul statelor membre.

La acest moment, alegerea se poate face între variantele de uniuni de persoane care au regim juridic bine definit în legislațiile naționale (căsătoria) și, acolo unde legislația națională permite, parteneriatele civile.

În ce privește recunoașterea efectelor căsătoriei, dreptul internațional privat al statelor stabilește cerințele acestei proceduri. O mențiune în ce privește tipul de căsătorie: nu toate țările recunosc, pe teritoriul lor, căsătoria între persoane de același sex (cazul dreptului român).

Parteneriatele civile, parțial reglementate în rândul statelor, au regim limitat de recunoaștere internațională. În general, țările care consacră parteneriatul civil, permit și recunoașterea acestuia în dreptul internațional privat (cel puțin sub unele aspecte, cum sunt efectele patrimoniale ale parteneriatului). Statele care nu îl reglementează, îi recunosc unele efecte, fie prin prevederi exprese în dreptul internațional privat, fie în virtutea efectului atenuat al ordinii publice în raporturile cu element de extraneitate. În varianta mai fermă de non-recunoaștere (și de non-reglementare), dreptul internațional privat național poate conține norme de aplicație imediată, care constituie un obstacol pentru recunoaștere, știut fiind că prezența legilor de poliție înlătură de la aplicare norma conflictuală în materia respectivă¹⁶. Recunoașterea efectelor patrimoniale ale parteneriatelor civile la nivel european nu este obligatorie, la acest moment, doar pentru statele membre care au solicitat participarea la forma de cooperare consolidată (este vorba despre Regulamentul nr. 1104/2016).

Desigur, voința părților se poate îndrepta și spre uniunile libere, dar partenerii de cuplu își asumă, în acest caz, lipsa de efecte juridice, în sistemele juridice respective. Regimul bunurilor concubinilor va urma regulile indiviziunii, dar nu principiul devălmășiei, care este specific căsătoriei. Unele state, care dau efecte concubinajului în dreptul internațional privat, oscilează a-l încadra juridic, în categorii diferite: contract, răspundere civilă, îmbogățire fără justă cauză, statut real etc.¹⁷

4.2. Alegerea regimului matrimonial cu element de extraneitate și alegerea legii aplicabile regimului matrimonial

Drept român. Prin excelență, dreptul internațional privat al relațiilor patrimoniale de familie este ghidat de autonomia de voință. Avem în vedere, mai ales, raporturile de natură patrimonială ale soților, organizate în cadrul regimurilor matrimoniale. Actualul drept român are două inovații, în această direcție. În dreptul național substanțial, reglementează mai multe tipuri de regimuri matrimoniale pentru care pot opta soții sau viitorii soți¹⁸; dispozițiile de drept internațional privat consacră *lex voluntatis*, în ce privește legea aplicabilă regimului matrimonial cu element de extraneitate.

Autonomia de voință se manifestă, în limitele prescrise pentru fond și formă, cu prilejul alegerii regimului matrimonial de drept internațional privat. Opțiunea pentru un alt regim decât comunitatea legală se face prin încheierea convenției matrimoniale. Libertatea relațiilor conjugale cu caracter patrimonial se transpune, în contextul regimurilor matrimoniale, în libertatea încheierii convenției matrimoniale¹⁹. Este o libertate „canalizată”²⁰, în ce privește regimurile pentru care poate formula opțiunea, fără posibilitatea de a hibridiza regimurile matrimoniale reglementate sau de a crea, prin proprie voință, un nou regim matrimonial (altul decât cele cuprinse legislativ). În

materia convenției matrimoniale, este transpusă, în note particulare, libertatea încheierii actelor juridice.

Odată aleasă legea regimului matrimonial, aceasta va governa și condițiile de formă ale convenției matrimoniale²¹, măsurile de publicitate a regimului matrimonial, opozabilitatea față de terți a acestuia, precum și aspectele prevăzute de art. 2593 C. civ. (limitele alegerii regimului matrimonial, posibilitatea schimbării regimului matrimonial și efectele schimbării, conținutul patrimoniului fiecăruia dintre soți, drepturile soților asupra bunurilor comune, regimul datoriilor soților ș.a.).

Modalitatea de concretizare a alegerii legii regimului matrimonial este convenția de alegere a legii aplicabile, încheiată fie înainte de celebrarea căsătoriei, fie la momentul încheierii căsătoriei, fie ulterior acestui moment (în timpul căsătoriei). Legea aleasă de părți pentru regimul matrimonial se va aplica și condițiilor de formă ale convenției de alegere a legii (art. 2591 alin. 2 C. civ.). În temeiul autonomiei de voință, soții pot decide, de comun acord, să schimbe legea aplicabilă regimului matrimonial (art. 2591 alin. 3 C. civ.). Modificarea legii (care va produce efecte pentru viitor, cu excepțiile prevăzute expres) trebuie să respecte aceleași condiții de formă, pentru care există libertate de alegere a legii aplicabile.

Dreptul european al regimurilor matrimoniale aduce noutăți. Regimurile patrimoniale ale cuplurilor internaționale necăsătorite fac obiectul legiferării europene recente. Regulamentul nr. 1104/2016 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, al legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia efectelor patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate a fost publicat în JOUE seria L nr. 183 din 8 iulie 2016. Regulamentul nu vizează modificarea dreptului material al statelor membre, fiind dezvoltat exclusiv segmentul cooperării judiciare, pe linia competenței, legii aplicabile și eficacității hotărârilor străine.

Regulamentul nr. 1103/2016 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, al legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia regimurilor matrimoniale reglementează autonomia de voință, într-o formă particulară. Regulamentul consacră libertatea de alegere a legii regimului matrimonial și pune la dispoziția soților (respectiv a viitorilor soți) un set de opțiuni la care aceștia pot să recurgă alternativ. Principalul criteriu care structurează opțiunile este reședința obișnuită, iar în subsidiar, cetățenia²².

Autonomia de voință, sub forma *lex voluntatis*, domină și procesul de alegere a legii aplicabile altor forme de uniune decât căsătoria. Efectele patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate au regimul juridic european descris în Regulamentul nr. 1104/2016. Legea aplicabilă poate fi determinată în două modalități. Regulamentul consacră principiul autonomiei de voință (părțile aleg liber, de comun acord, legea pe care o vor aplica parteneriatului²³). În subsidiar, intervine localizarea obiectivă, care se raportează la legea statului de înregistrare a parteneriatului.

4.3. Desfacerea căsătoriei și separația de corp

Drept român. Dreptul internațional privat face aplicații ale *lex voluntatis*, lăsând părților libertatea de a alege dreptul aplicabil divorțului (Codul civil român, art. 2597 C. civ.). De comun acord, soții pot alege una dintre legile indicate (legea statului pe al cărui teritoriu soții au reședința obișnuită comună la data alegerii legii aplicabile; legea statului ultimei reședințe obișnuite comune,

dacă cel puțin unul dintre ei mai locuiește acolo la momentul încheierii convenției; legea statului de cetățenie a unuia dintre soți; legea statului pe teritoriul căruia soții au locuit cel puțin 3 ani; legea română). Variantele sunt alternative, nu sunt prevăzute în ordine legală obligatorie.

Desemnarea legii aplicabile divorțului are loc prin acordul părților, supus cerințelor explicit menționate. Noua reglementare română a conflictelor de legi lasă libertate părților, dar nu le obligă să încheie un astfel de acord. În măsura în care determinarea subiectivă (prin convenție) lipsește, se procedează la determinarea obiectivă a legii aplicabile defacerii căsătoriei, conform art. 2600 C. civ. Cel mai târziu până la data sesizării autorității competente să pronunțe divorțul părțile pot încheia un acord privind legea aplicabilă²⁴. Libertatea de voință este prezentă nu numai la încheierea convenției de alegere a legii aplicabile divorțului, dar și în ce privește posibilitatea modificării legii aplicabile. Fără cenzură asupra motivelor pentru care doresc modificarea legii inițial alese, cât timp se încadrează în variantele de alegere indicate de lege, soții pot decide (tot prin convenție) să schimbe legea aleasă pentru a cârmui divorțul.

Separația de corp va respecta prevederile legii pe care părțile au ales-o pentru a governa defacerea căsătoriei, potrivit art. 2602 C. civ. Chiar și repudierea unilaterală este, în ultimă instanță, expresia autonomiei de voință a soțului căruia legea îi recunoaște acest drept. Manifestarea unilaterală de voință este necesară, dar nu este suficientă pentru recunoașterea efectelor sale în dreptul internațional privat. Reglementările naționale pun și cerințe suplimentare, expres, așa cum este firesc, pentru a preveni exercitarea abuzivă a dreptului de a solicita defacerea unilaterală a căsătoriei. Absolut corect, dreptul român cere și consimțământul femeii la divorțul unilateral inițiat de soț, ceea ce transformă repudierea unilaterală în dreptul internațional privat într-un divorț prin acordul soților (art. 2610 C. civ.)²⁵.

Drept european. Roma III (Regulamentul nr. 1259/2010 de punere în aplicare a unei forme de cooperare consolidată în domeniul legii aplicabile divorțului și separației de corp²⁶ dă prioritate principiului autonomiei de voință în cele două materii menționate²⁷. Atât defacerea căsătoriei prin divorț, cât și separația de corp sunt supuse determinării subiective a legii aplicabile, iar în absența alegerii legii, determinării obiective. Regula este alegerea legii de către părți, iar criteriile obiective de localizare intervin în plan secund.

De comun acord, soții desemnează legea aplicabilă, dintre opțiunile expres arătate în art. 5 din Regulament²⁸. Convenția de alegere a legii aplicabile se încheie în formă scrisă și în orice moment, dar nu ulterior datei sesizării instanței de judecată. În mod excepțional, dacă dreptul instanței forului permite, convenția poate fi încheiată pe parcursul derulării procedurilor în fața instanței, caz în care magistratul ia act de acordul soților, potrivit dispozițiilor din legea forului.

4.4. Autonomia de voință și statutul organic al persoanei juridice

Legea nu consacră direct libertatea de alegere a normei de conflict. Statutul organic al persoanei juridice va fi cârmuit de legea națională a acesteia. La rândul său, naționalitatea persoanei morale este dată de legea statului pe al căruia teritoriu se află sediul social. Prin urmare, sediul social (sau, după caz, sediul real) are rolul determinării legii aplicabile entității colective sau unipersonale cu personalitate juridică.

Totuşi, autonomia de voinţă transpare în ansamblul operaţiunilor de constituire a persoanei juridice, cu repercusiuni în dreptul internaţional privat. Astfel, **asociaţii sau acţionarii au libertatea de a decide care va fi statul pe al cărui teritoriu se va afla sediul social**. Prin alegerea pe care o efectuează, ei desemnează, indirect, legea care se va aplica statutului persoanei juridice. Sau, dacă persoana juridică dispune de mai multe sedii, asociaţii/ acţionarii pot decide care este sediul real al persoanei juridice, concentrând punctul de greutate al activităţii acesteia la sediul de pe teritoriul unui anumit stat. Se înţelege, libertatea de stabilire a sediului social, respectiv a sediului real, se va încadra în prevederile în vigoare din statul vizat.

Manifestarea voinţei de stabilire a sediului într-un anumit stat semnifică alegerea legii care va governa toate aspectele referitoare la capacitatea persoanei juridice, modul de dobândire şi de pierdere a calităţii de asociat, precum şi drepturile şi obligaţiile ce decurg din această calitate, alegerea, competenţele şi funcţionarea organelor de conducere, reprezentarea prin intermediul organelor de conducere (conform actului constitutiv), dizolvarea şi lichidarea persoanei juridice²⁹.

4.5. Autonomia de voinţă şi actul juridic

4.5.1. Autonomia de voinţă în materie contractuală

Codul civil. S-a afirmat în doctrină că textele noului Cod civil în materie de contract se sprijină pe autonomia de voinţă, iar unul dintre efectele juridice ale autonomiei de voinţă este recunoaşterea libertăţii contractuale. Aserţiunile sunt întrutotul aplicabile raporturilor juridice cu element de extraneitate reglementate de Codul civil.

Întreaga materie a actului juridic este supusă autonomiei de voinţă, exprimate prin *lex actus*. *Actul juridic unilateral* se va supune legii pe care autorul său o va alege. Condiţiile de fond sunt stabilite de legea aleasă de autor (2637 alin. 1 C. civ.), iar condiţiile de formă urmează aceeaşi lege (art. 2639 alin. 1 C. civ.). Pentru forma actului autorul are la dispoziţie mai multe variante, iar legea care cârmuieşte fondul actului este una dintre alegerile posibile.

Ceea ce prezintă interes deosebit pentru dreptul internaţional privat este materia contractului – instrument util, frecvent, variat ca forme de expresie în raporturile cu element străin. Legea aleasă de părţile contractului, de comun acord, este aplicabilă condiţiilor de fond şi (dacă părţile îşi manifestă intenţia în acest sens) cerinţelor de formă³⁰.

În temeiul autonomiei de voinţă, alegerea legii aplicabile poate suferi modificări, în sensul că părţile vor supune contractul, cu efecte *ex nunc*, unei alte legi (cu respectarea situaţiilor de excepţie reglementate)³¹.

Dincolo de definiţii care pot induce o notă de rigiditate, esenţa autonomiei de voinţă este exprimată în felul următor: “Proclamând că doar voinţa particularilor creează dreptul, autonomia de voinţă are efectul firesc de a considera că oricine poate avea orice comportament doreşte, cu limita de a nu face rău altora. Transpunând în dreptul civil această idee, rezultă că oricine poate încheia orice act juridic voinţei, în respectul celorlalţi. Inversul ideii este că nimeni

nu poate fi obligat să încheie vreun act civil, deoarece aceasta este chiar măsura libertății personale a fiecăruia dintre noi”³².

Pentru materia actului juridic, principiul autonomiei de voință este sinonim cu principiul libertății actelor juridice. De o parte, părțile raportului juridic cu element de extraneitate sunt libere să încheie orice act juridic (libertatea de a încheia acte juridice), iar de altă parte sunt libere să stabilească, așa cum doresc și în limitele legii, ordinii publice și bunelor moravuri, conținutul actului, să îl modifice ori să decidă încetarea acestuia. Textul legal al Codului civil (art. 1169)³³ rămâne aplicabil în dreptul internațional privat și se coroborează cu obligativitatea părților de a respecta contractul valabil încheiat³⁴ (*pacta sunt servanda*). Subliniem precizarea literaturii de specialitate, în sensul că, împrejurarea reglementării anumitor contracte, nu trebuie privită ca o limitare a libertății contractuale. “Prin aceasta legea oferă un ajutor părților în crearea raporturilor lor juridice, ele putând adesea deroga de la un anumit tip de contract; ele pot crea chiar tipuri combinate de contract”³⁵.

Alegerea legii poate fi expresă (înscris separat de contractul principal sau clauză în acesta) ori să rezulte neîndoielnic din cuprinsul acestuia sau din circumstanțe³⁶. Părțile pot alege dreptul aplicabil totalității contractului sau unei anumite părți din acesta. Legea aleasă de părți poate fi modificată, cu efect retroactiv, fără să infirme validitatea formei actului și fără să aducă atingere drepturilor dobândite între timp de terți.

Regulamentul nr. 593/2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale. Roma I este sediul reglementării obligațiilor contractuale, al căror edificiu este clădit pe libertatea de alegere: Contractul este guvernat de legea aleasă de părți” (art. 3 alin. 1). Dreptul european consacră, astfel, **regula desemnării legii contractului prin intermediul voinței părților**. Spre deosebire de Roma I, Regulamentul Roma II are drept principiu localizarea obiectivă a faptului juridic și, numai în subsidiar, permite alegerea legii raportului juridic. Pentru Regulamentul nr. 593/2008, libertatea de alegere a legii aplicabile este concepută ca element esențial al sistemului de norme ce reglementează conflictele de legi în materia obligațiilor ce decurg din contract.

Reflex al autonomiei de voință, alegerea legii de către părți se identifică pe o dublă direcție. În primul rând contractanții au decizia asupra dreptului pe care îl doresc aplicabil actului juridic. În al doilea rând, părțile decid câte legi vor governa contractul și aria fiecăreia dintre acestea.

1. Alegerea *lex causae* semnifică desemnarea legii raportului contractual. Obiectul voinței părților este dreptul aplicabil. Libertatea care le este oferită configurează o arie de alegere compusă din dreptul național (dreptul unui stat anume); norme juridice nestatale; norme juridice europene. Preambulul actului normativ european este edificator în ceea ce privește ultimele două aspecte. Prin acord de voință, părțile au deschisă posibilitatea de a face trimitere la un corp de norme nestatale ori la o convenție internațională (pct. 13).

Literatura de specialitate a arătat că, astfel de prevederi, se cer interpretate în sensul că reglementările nestatale sunt doar încorporate în actul juridic, prin mecanismul recepțiunii contractuale, fără a dobândi caracter de *lex causae*³⁷. La fel, dacă părțile doresc, pot face aplicabile contractului, normele de fond, inclusiv clauze și condiții standard, cuprinse într-un instrument juridic adecvat, care ar fi adoptat (la un moment dat) la nivel european. Ar putea fi vorba, prin ipoteză, despre unul dintre corpus-urile legislative care, actualmente, sunt în formă

de proiecte, ca de pildă, Principiile Dreptului European al Contractelor. Modul de formulare al celui de-al doilea considerent al Preambulului relevă faptul că trimiterea la normele unui posibil instrument normativ, are în vedere normele substanțiale în materie contractuală și nu normele de conflict, care se exclud din acest context.

2. Alegerea mai multor legi pentru același contract³⁸ (*dépeçage*³⁹, *morcellement*) este permisă, în temeiul prevederilor legale exprese. Libertatea de alegere este delimitată pe două paliere. Părțile își pot exprima opțiunea pentru legea aplicabilă contractului, în întregul său, ori se pot mărgini la a alege *lex causae* pentru o parte a contractului. Operațiunea “*dépeçage*” (larg analizată în doctrina franceză) este sursă de inspirație și pentru legiuitorul Codului civil român, întrucât prevederea este cuprinsă în art. 2637 alin. 3. Sunt două variante posibile în această ecuație, conform Regulamentului: părți diferite ale contractului sunt guvernate de legi diferite; o parte (sau mai multe părți) din contract au lege desemnată, iar altă parte (sau alte părți) nu sunt supuse unei legi alese de contractanți. Pentru partea “descoperită” din actul juridic, vor fi funcționale criteriile de localizare obiectivă. Alegerea legii aplicabile se concretizează în convenția de alegere a legii aplicabile (înscris separat de contractul principal sau clauză în cadrul acestuia). În orice caz, acordul de desemnare a dreptului aplicabil are caracter accesoriu față de contractul principal. Obiectul acordului accesoriu (alegerea unei legi pentru contractul principal) îi conferă acestuia o anumită autonomie, așa încât, în anumite situații, supraviețuiește nulității, rezoluțiunii sau rezilierii contractului principal. De exemplu, înlăturarea unor clauze din contractul principal, pe motiv că sunt contrare ordinii publice de drept internațional privat, nu afectează convenția de alegere a legii aplicabile, dacă aceasta este conform ordinii publice⁴⁰.

Libertatea de alegere nu este extinsă de manieră a diviza actul juridic, după dorința părților într-o multitudine de fragmente, fiecare având altă lege aplicabilă. Aceasta ar echivala cu îndepărtarea de spiritul reglementării europene (și naționale) a aplicării distributive a unor legi diferite pentru același contract. Intenția legiuitorului vizează facilitarea derulării raporturilor contractuale cu element de extraneitate, fără constrângerea de a supune operațiunile părților unor legi care nu răspund optim finalităților urmărite de acestea. Pentru astfel de rațiuni, doctrina și practica judiciară admit libertatea de alegere a legii aplicabile, în limite raționale, care nu au nimic comun cu un eventual subiectivism absolut din partea contractanților. Lucrările specialiștilor subliniază că, în cazul operațiunii *dépeçage*, “alegerea trebuie să fie coerentă, adică să se refere la elemente ale contractului care pot fi guvernate de legi diferite, fără să genereze rezultate contradictorii”⁴¹. S-a arătat că, pentru a rămâne în aria coerenței, fragmentarea nu trebuie admisă decât pentru contracte care au în conținut mai multe operațiuni diferite, care se pretează a fi supuse unor legi diferite⁴². Ceea ce înseamnă că, de pildă, în cazul unui contract de vânzare, rezoluțiunea pentru neexecutare din partea vânzătorului nu va putea fi supusă unei legi, iar rezoluțiunea pentru neexecutare din partea cumpărătorului, unei legi diferite⁴³. Într-adevăr, interdependența și reciprocitatea prestațiilor în contractele sinalagmatice, dictează coerența asigurării unei legi unice, care să guverneze vânzarea.

Pentru a ilustra alegerea distributivă a legii aplicabile, *dépeçage* este particularizat pentru contractele internaționale. Pentru un contract de împrumut cu garanții reale, instanțele de

judecată franceze au admis alegerea implicită a legii franceze pentru garanție și supunerea împrumutului, prin clauză expresă, legii engleze⁴⁴.

Convenția de alegere a legii aplicabile poate suporta modificări, în condițiile art. 3 alin. 2 din Regulament. Limitele modificării sunt următoarele: nu se poate aduce atingere valabilității formei contractului și nu se poate aduce atingere drepturilor dobândite, între timp, de terți. Momentul alegerii legii contractului este plasat fie anterior ivirii litigiului, fie ulterior declanșării acestuia.

4.5.2. Autonomia de voință în materia actului juridic unilateral

În mod asemănător cocontractanților, autorul actului juridic unilateral are alegere cu privire la legea aplicabilă. Prevederea Codului civil potrivit căreia condițiile de formă ale actului juridic sunt supuse legii desemnate de părți, este valabilă, deopotrivă, pentru contract și pentru actul unilateral de drept privat. De fapt, autorul actului unilateral are posibilitatea de a supune manifestarea sa de voință legii pe care o dorește.

Actele juridice unilaterale sunt diverse, dispozițiile de drept internațional privat sunt de aplicabilitate generală. Aplicația în materie, se găsește în cazul moștenirii și are în vedere alegerea legei aplicabile moștenirii, în ansamblul său, după modelul Regulamentului nr. 650/2012 cu privire la succesiunile internaționale.

4.5.3. Limitele libertății contractuale în dreptul internațional privat

Ordinea publică. Prima îngrădire este ordinea publică. Dacă la nivelul dispozițiilor dreptului substanțial, este evident că discutăm despre ceea ce numim ordine publică de drept intern, în dreptul internațional privat limitarea suportă nuanțe. Reglementarea raporturilor cu element de extraneitate între particulari impune existența unui corp de reguli născute în practica relațiilor transfrontaliere și care reflectă particularitățile acestor relații. Aceste reguli de principiu intră în componența ordinii publice de drept internațional privat, cu putere imperativă și nu permit derogări.

Așa este regula potrivit căreia nu poate fi recunoscută pe teritoriul țării noastre o hotărâre judecătorească străină pronunțată cu încălcarea dreptului la apărare al pârâtului în procesul care a generat hotărârea supusă recunoașterii; regula conform căreia nu se poate admite recunoașterea hotărârii străine ce încalcă normele de competență exclusivă a instanțelor române, conform Codului de procedură civilă; principiul încheierii în România, a căsătoriilor între persoane de același sex, indiferent dacă cei în cauză sunt cetățeni români sau străini; regula refuzului înregistrării în țara noastră a parteneriatelor civile.

Alături de ordinea publică de drept internațional privat, este necesară și respectarea ordinii publice de drept substanțial a forului (ordinea publică internă română), cu precizarea imediată că nu toate normele de ordine publică în dreptul substanțial (adică nu toate normele imperative care alcătuiesc ordinea publică de drept substanțial) păstrează același caracter în dreptul internațional privat. Ordinea publică substanțială are o sferă mai largă decât ordinea publică de drept internațional privat⁴⁵. Tipologia relațiilor private internaționale atrage interferențe

obligatorii cu dreptul european și apropieri normative, jurisprudențiale sau chiar informale cu alte sisteme juridice naționale. Toate aceste interrelaționări caracterizează deschiderile firești ale dreptului internațional privat spre alte experiențe statale sau internaționale. Ceea ce conduce la o flexibilizare necesară (și utilă), propice și proprie relațiilor transfrontaliere (iar una dintre expresiile – normative, în unele state este atenuarea efectelor ordinii publice de drept internațional privat).

Un exemplu pentru a ilustra cele menționate. Între principiile de căpătâi ale dreptului substanțial se înscriu monogamia și heterosexualitatea, care sunt considerate de esență pentru instituția căsătoriei⁴⁶. Aceste două reguli sunt de ordine publică în dreptul civil substanțial și nu permit derogări. Transpunerea regulilor arătate în relațiile de drept internațional privat se identifică pe două planuri: în ce privește încheierea căsătoriei în România și în ce privește recunoașterea căsătoriei încheiate în străinătate. Încheierea căsătoriei pe teritoriul statului român respectă litera interdicției poligamiei și căsătoriei homosexuale (două dintre impedimentele de fond la căsătorie sunt starea de persoană căsătorită și inexistența diferenței de sex). Chiar și în ipoteza în care unul dintre soți sau ambii soți sunt cetățeni străini din state care consacră mariajul poligam/ homosexual, regula de ordine publică în dreptul substanțial se transpune, ca atare, în dreptul internațional privat, iar căsătoriile nu se vor putea încheia. Recunoașterea căsătoriei încheiate în străinătate este, în schimb, o problemă care se rezolvă în dreptul conflictual, după exclusiv după regulile acestuia. Raportul juridic a fost creat în dreptul național al unui stat (sau în dreptul internațional privat) și este invocat pe teritoriul forului, adică în dreptul internațional privat. Se admite că unele efecte ale căsătoriei poligame sau homosexuale pot fi recunoscute. Este vorba despre efecte juridice care nu aduc atingere valorilor forului, de exemplu, solicitarea formulată de una dintre soțiile bărbatului poligam, în sensul obligării soțului la pensie de întreținere în favoarea minorului rezultat din căsătorie. Sursa recunoașterii va fi efectul atenuat al ordinii publice de drept internațional privat a forului. Doar în ce privește recunoașterea, nu și în privința încheierii căsătoriei poligame sau homosexuale, ordinea publică de drept internațional privat este mai permisivă.

Prin urmare, libertatea contractuală (reflexul autonomiei de voință) se regăsește pe două paliere în dreptul internațional privat: respectarea ordinii publice de drept substanțial din sistemul juridic desemnat ca *lex causae* și respectarea ordinii publice de drept internațional privat a statului forului.

Bunele moravuri. În mod obișnuit, enumerarea limitelor autonomiei de voință (limitelor libertății contractuale) alături ordinii publice și bunele moravuri. Este dificil de precizat ce semnifică bunele moravuri, atât în planul dreptului substanțial, cât și pentru dreptul internațional privat. Dificultatea este sporită și datorită faptului că bunele moravuri, la fel ca ordinea publică, reprezintă o categorie fluctuantă, echivocă și evolutivă⁴⁷.

De principiu, bunele moravuri se traduc printr-un nucleu de reguli tangente moralității – așa cum este înțeleasă moralitatea în relațiile private internaționale. Dacă, exemplificativ, ne-am gândi la uniunile libere, considerate, îndeobște, ca reprobabile, s-ar putea să constatăm că efectele (morale) unor astfel de stări de fapt sunt atenuate în raporturile cu element de extraneitate. A conviețui în afara instituției căsătoriei este o stare de fapt parțial acceptată și chiar parțial reglementată în relațiile internaționale, întrucât pentru anumite tipuri de uniuni ordinea publică

este atenuată. Este cazul uniunii care se prezintă sub forma parteneriatului civil, dar nu este și cazul concubinajului, ale cărui efecte juridice s-ar cere, prin ipoteză, a fi recunoscute în România (avem în vedere concubinajul ca simplă stare de fapt neinstituționalizată printr-un regim juridic distinct în dreptul material străin). Ca explicații ale neconsacrării legale în statul de origine și ale nerecunoașterii efectelor juridice în statul forului, putem evoca bunele moravuri, convertite în componente ale ordinii publice de drept internațional privat.

Normele de aplicație imediată (art. 3 alin. 3 și 4 din Regulament). Legile de poliție limitează alegerea în cazul în care toate elementele relevante pentru situația contractuală, în momentul în care are loc alegerea, se află în altă țară decât aceea a cărei lege a fost aleasă. Alegerea părților nu va putea aduce atingere aplicării dispozițiilor legii acelei alte țări, de la care nu se poate deroga prin acord. A doua limitare trasată de normele de aplicație necesară apare atunci când toate elementele relevante pentru situația respectivă, în momentul în care are loc alegerea, se află în unul sau mai multe state membre; alegerea de către părți a unei legi aplicabile (altă decât legea unui stat membru) nu aduce atingere aplicării în mod corespunzător a dispozițiilor de drept comunitar de la care nu se poate deroga prin convenție, după caz, astfel cum au fost transpuse în statul membru al instanței competente⁴⁸.

4.6. Aplicații ale autonomiei de voință în materie succesorală

Codul civil român. Prototip al actului juridic unilateral, testamentul⁴⁹ cunoaște dispoziții de detaliu în ceea ce privește alegerea legii aplicabile în dreptul internațional privat. Codul civil român reglementează aceste aspecte în secțiunea dedicată moștenirii, lăsând testatorului alegerea legii dintr-o gamă extinsă de posibilități⁵⁰.

Se prevede, mai întâi, că oricine poate să aleagă, ca lege aplicabilă moștenirii în ansamblul său, legea statului al cărui cetățean este. Atât moștenirea, cât și declarația de alegere a legii aplicabile moștenirii, vor fi cârmuite de sistemul de drept ales de autorul testamentului. Declarația de alegere a legii aplicabile, este, în mod asemănător testamentului la care se referă, un act juridic unilateral care constă în manifestarea de voință a persoanei care testează. Nu este posibil însă, ca testatorul să trimită la legea cetățeniei pentru o parte a moștenirii, de exemplu, pentru bunurile imobile⁵¹.

Apoi, se prevede care sunt legile la care poate recurge autorul actului pentru a face valabil testamentul din punctul de vedere al formei. Are la dispoziție mai multe legi, dinre care poate lua în considerare, alternativ: legea națională a testatorului; legea reședinței obișnuite a acestuia; legea locului unde actul a fost întocmit, modificat sau revocat; legea situației imobilului ce formează obiectul testamentului; legea instanței sau a organului care îndeplinește procedura de transmitere a bunurilor moștenite. La aceste legi se raportează întocmirea, modificarea sau revocarea testamentului, acțiuni/ conduite care presupun, toate, manifestarea de voință a autorului.

Așa cum se observă, libertatea emiterii manifestării de voință în materia moștenirii testamentare este largă, lăsând testatorului aprecierea legii celei mai potrivite pentru a governa legatele, dispozițiile de ultimă voință privind instituirea executorului testamentar etc.

*Regulamentul nr. 650/2012*⁵². Legea succesiunilor internaționale se determină subiectiv sau, în lipsă de desemnare prin voința testatorului, obiectiv. Ea are vocație universală de aplicare, întrucât nu se face diferența după cum legea aleasă aparține unui stat membru sau unui stat terț⁵³.

O primă fațetă a autonomiei de voință se exprimă în posibilitatea de alegere a legii aplicabile succesiunii, în întregul acesteia. Cerința ca legea desemnată să se refere la ansamblul succesiunii are ca scop păstrarea unității legii aplicabile moștenirii⁵⁴. Legea pe care o poate alege o persoană pentru succesiune, în ansamblul său, este legea statului de cetățenie, raportat la două repere alternative. Se va lua în considerare cetățenia avută la data desemnării legii ori cetățenia de la data decesului autorului. Conflictul mobil de legi are ca soluție alegerea legii vechi sau alegerea legii noi. O a doua fațetă a autonomiei de voință este opțiunea deschisă autorului pentru oricare dintre legile statelor al căror cetățean este – fie la data desemnării legii, fie la data decesului.

Declarația explicită de alegere a legii trebuie să îmbrace forma dispoziției pentru cauză de moarte ori trebuie să rezulte din clauzele unei astfel de declarații. Alegerea legii poate suporta modificări ori poate fi revocată, în condițiile de formă cerute acestor operațiuni referitoare la declarațiile pentru cauză de moarte.

4.7. Autonomia de voință în răspunderea civilă

Drept român. Răspunderea pentru atingeri aduse personalității lasă persoanei vătămate libertatea de a alege legea aplicabilă pretențiilor sale civile. Fiind vorba despre încălcarea unor drepturi care ocrotesc valorile fundamentale pentru ființa umană, este evident că libertatea de a alege sistemul de drept aplicabil are ca scop protecția celui vătămat în drepturile sale.

Autonomia de voință se manifestă, conform art. 2642 C. civ., sub forma posibilității persoanei lezate de a opta între următoarele legi: legea statului reședinței sale obișnuite; legea statului în care s-a produs rezultatul păgubitor; legea statului în care autorul daunei își are reședința obișnuită sau sediul social. Pentru alegerea primelor două legi menționate este necesar și ca autorul daunei să fi trebuit în mod rezonabil să se aștepte ca efectele atingerii aduse personalității să se producă în unul dintre cele două state. Libertatea de alegere funcționează inclusiv pentru încălcarea drepturilor personalității prin mass-media sau prin alt mijloc public de informare.

Drept european. În materia obligațiilor extracontractuale, autonomia de voință este o soluție de excepție, ceea ce prevalează fiind localizarea obiectivă a dreptului aplicabil. Așa cum este firesc, au prioritate legăturile care pun accent pe prejudiciu – principala condiție a răspunderii civile (regula funcționează și pentru faptele juridice licite, scoase din sfera delictului). În ansamblul Regulamentului, determinarea legii aplicabile, prin voința părților, apare ca situație de excepție de la regula *lex loci damni*.

Expunerea de motive a Regulamentului **Roma II** (art. 31) consemnează faptul că libertatea părților de a desemna legea aplicabilă este concepută ca element care contribuie la respectarea principiului autonomiei de voință și la securitatea juridică, iar atunci când constată existența

acordului, instanța este ținută să respecte intențiile părților. Totodată, părțile defavorizate necesită protecție, prin impunerea anumitor condiții cu privire la această alegere.

Libertatea de alegere include următoarele **variante de opțiuni** (art. 14 alin. 1), puse la dispoziția părților, cu condiția ca alegerea să fie explicită sau să reiasă cu un anumit grad rezonabil de certitudine și să nu aducă atingere drepturilor terților:

a. încheierea acordului asupra legii aplicabile, ulterior producerii faptului cauzator de prejudicii;

b. încheierea acordului liber negociat, anterior producerii faptei ilicite prejudiciabile.

Acordul plasat anterior producerii pagubei este specific raporturilor dintre profesioniști. Între aceștia, o anume previzibilitate – de excepție, pentru relațiile necontractuale, este recunoscută de Regulament, sub forma acordului ce precede producerea prejudiciului⁵⁵.

În ambele cazuri, forma de concretizare a acordului este convenția de alegere a legii aplicabile, act bilateral care constituie, conform art. 14, rezultatul negocierii libere. Chiar dacă precizarea legii privește numai acordul încheiat anterior producerii pagubei (acord între părți care desfășoară, toate, activități comerciale), afirmația este valabilă și pentru acordul ulterior producerii acesteia. Consimțământul ambelor părți la desemnarea *lex causae*, nu poate fi decât exprimat liber, așa încât să fie străin de orice viciu.

Legea poate fi aleasă fără ca Regulamentul să oblige la respectarea unor variante indicate expres. Se poate recurge inclusiv la dreptul unui stat care nu are legătură cu situația juridică. Operațiunea determinării legii aplicabile comportă unele **limitări**⁵⁶:

a. **clauza de *electio juris* nu poate să aducă atingere drepturilor terților**. Cum s-a spus, față de terți, convenția de alegere a legii aplicabile este un *res inter alios acta*. Ea nu poate vătăma drepturile terților, aceștia fiind în drept să solicite constatarea inopozabilității față de ei a clauzei de alegere a *lex causae*. În ceea ce privește terții, determinarea legii aplicabile se va ghida după regulile de localizare obiectivă. Un exemplu este cel al pactului de alegere încheiat de victima directă cu autorul prejudiciului. Victima indirectă (victima prin rigoșeu) va putea solicita aplicarea legii determinate în temeiul normei de conflict obiective (adică, în principiu, legea locului prejudiciului suferit de victima inițială)⁵⁷.

b. **a doua limitare** privește dispozițiile de ordine publică din statul în care se situează elementele relevante pentru situația respectivă. Potrivit art. 14 alin. 2 din Regulamentul Roma II, în cazul în care toate elementele relevante pentru situația respectivă, la momentul săvârșirii faptului cauzator de prejudiciu, se află pe teritoriul unui alt stat decât statul a cărui lege a fost desemnată de părți, pactul de alegere nu aduce atingere aplicării normelor imperative ale legii acestui din urmă stat, norme de la care nu se poate deroga prin acord.

Prima precizare subliniază faptul că alegerea părților raportului juridic necontractual nu poate înfrânge ordinea publică a statului elementelor relevante. Încă o dată, elementele (aspectele) de natură obiectivă lasă în plan secund voința părților.

A doua precizare este relativă la conflictul mobil de legi. Prezența elementelor relevante se raportează la momentul la care are loc faptul cauzator de prejudiciu. Conflictul mobil se rezolvă prin aplicarea legii noi, în vigoare la momentul săvârșirii faptului prejudiciabil.

c. **a treia limitare** este trasată de situația în care elementele relevante se află în unul dintre statele membre sau în mai multe state membre. Potrivit art. 14 alin. 3 din Regulament, în cazul în care toate elementele relevante pentru respectiva situație, în momentul producerii faptului ilicit, se află în unul sau mai multe state membre, alegerea legii aplicabile – alta decât cea a unui stat membru – nu poate aduce atingere aplicării normelor imperative ale dreptului comunitar de la care nu se poate deroga prin acord, astfel cum aceste norme au fost puse în aplicare în statul membru al instanței competente.

Întrucât are prioritate transpunerea/ aplicarea directă a dreptului european în țările membre, aceasta înseamnă verificarea actelor normative interne prin care au devenit active normele europene în statul respectiv. În cazul în care normele interne sunt imperative, ele vor avea prioritate față de voința părților de a desemna legea aplicabilă.

4. **a patra limitare** este reprezentată de materiile în care părților nu le este permis să aleagă legea raportului juridic; concurență neloială, acte care îngreșesc concurența liberă, drepturile de proprietate intelectuală.

§5. Autonomia de voință în conflictele de jurisdicții

Drept român. Procesul civil internațional⁵⁸ are reglementarea de tradiție a posibilității de alegere forului, prin intermediul clauzei atributive de jurisdicție. În măsura în care li se conferă prerogativa alegerii, părțile pot desemna jurisdicția competentă – împrejurare care, de obicei, atrage competența exclusivă a acelei jurisdicții.

Alegerea forului este expresia autonomiei de voință a părților⁵⁹. Codul de procedură civilă reglementează posibilitatea desemnării de către părți, de comun acord, a instanței competente să soluționeze litigii actuale sau eventuale, conform art. 1067-1068. În materie patrimonială, părțile pot să încheie o convenție de alegere a forului (prin înscris, telegramă, telex, telecopiator sau orice alt mijloc de comunicare ce permite a-i stabili proba printr-un text). Competența forului ales este exclusivă, în lipsă de stipulație contrară.

Autonomia de voință, în materie de alegere a forului, nu primește efecte dacă ar conduce la lipsirea în mod abuziv a uneia dintre părți de protecția pe care i-o asigură o instanță prevăzută de legea română. O a doua situație în care alegerea forului este fără efect privește exclusivitatea de competență, atunci când instanța aleasă este străină, iar litigiul este de competența exclusivă a instanțelor române, precum și când instanța aleasă este română, iar litigiul este de competența exclusivă a unei instanțe străine.

În schimb, unele raporturi juridice cu element de extraneitate generează litigii care sunt sustrate disponibilității părților⁶⁰. Acesta este cazul situațiilor pe care le enumeră art. 1079 C. proc. civ., sub genericul “Competența personală exclusivă”. Sunt în discuție materii în care interesul public prevalează față de interesele particulare ale persoanelor fizice sau juridice. În consecință, normele care reglementează competența exclusivă sunt imperative; ele nu pot fi modificate sau înlăturate prin voința indivizilor (amintim, competența în cazul actelor de stare civilă întocmite în România privind persoane domiciliat pe teritoriul României și care sunt cetățeni

români sau apatrizi; competența în situația încuviințării adopției, dacă cel care urmează a fi adoptat domiciliază în România și este cetățean român sau apatrid; competența judecării punerii sub interdicție judecătorească a unei persoane cu domiciliul în România ș.a.). Nu este posibilă alegerea forului în materiile în care funcționează normele de competență exclusivă, motivat de faptul că aceasta din urmă sunt reglementate prin norme imperative, de ordine publică.

Competența internațională exclusivă are caracter absolut, astfel că părțile nu pot deroga prin acorduri de voință⁶¹. Practica judiciară a statuat că alegerea forului este ineficace dacă are drept consecință înlăturarea competenței imperative a instanțelor naționale⁶². Instituirea normelor imperative are, de regulă, menirea de a proteja una dintre părți (cetățean român salariat, consumator, angajat). În aceste condiții, atribuirea competenței unei alte jurisdicții sau unui alt ordin jurisdicțional, este prohibită⁶³.

Drept european. Părțile pot decide, în cuprinsul clauzei atributive de jurisdicție, ca soluționarea litigiului în legătură cu un raport juridic determinat, să revină instanței sau instanțelor dintr-un stat membru. Clauza atributivă de jurisdicție este obligatorie pentru instanța desemnată prin voința părților. În lipsa unei alte convenții contrare încheiate de părți, forul ales va avea competență exclusivă, astfel că nu este posibilă declinarea competenței. Dreptul intern al forului este cel care are rolul de a individualiza, din sistemul judiciar intern, instanța competentă în speță – dacă în convenția atributivă de competență această instanță nu este determinată.

Regulamentul 1215 obligă părțile să desemneze drept competentă doar una dintre jurisdicțiile din statele membre (ceea ce exclude posibilitatea clauzei în favoarea jurisdicției dintr-un stat membru). Nu intră în discuție decât un litigiu internațional⁶⁴, iar acordul părților trebuie să îmbrace obligatoriu forma scrisă, verbală cu confirmare scrisă ori o formă care corespunde obiceiurilor statornicite de părți⁶⁵.

56. Concluzii

Expansiunea autonomiei de voință în materiile delimitate de elementul de extraneitate este o realitate validată de dreptul european. Conflictul de legi și conflictele de jurisdicție se desfășoară sub semnul predictibilității. În relațiile private cu element străin, predictibilitatea este premisa stabilității circuitului juridic, în condițiile mobilității cu tentă ascendentă a persoanelor fizice în afara granițelor naționale. Manifestarea voinței, în limitele trasate de dreptul obiectiv, constituie unul dintre mecanismele de consolidare a autorității legiuitorului în materiile, tot mai diverse, deschise opțiunii părților.

- * Prof.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Lucian Blaga” din Sibiu; jugastrucalina@gmail.com.
- ¹ A. Bucher, A. Bonomi, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2001, p. 89, *apud* Z. Ruramira Bizimana, *L'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement*, Université Catholique de Louvain, Mémoire, 2005, material disponibil la adresa <http://www.memoireonline.com/11/07/717/autonomie-volonte-facteur-rattachement.html> (consultat la data de 10 august 2016).
- ² Pentru stabilirea legii contractului, de exemplu, dreptul internațional privat român se conduce după regula potrivit căreia părțile au dreptul să-și aleagă legea aplicabilă contractului cu element internațional. Cu privire la semnificația acestei reguli, I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internațional privat*, ediție revăzută și adăugită, Editura Universul Juridic, București, 2005, p.329-330.
- ³ D.A. Popescu, *Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor*, Editura Magic Print, Onești, 2014, p. 44.
- ⁴ Prin reglementarea acestui drept, Constituția României impune obligația de a respecta și ocroti viața intimă, familială și privată. Autoritățile publice trebuie să ia toate măsurile posibile și rezonabile pentru ocrotirea vieții private, iar instanța de judecată are obligația de a declara ședință secretă în procesele în care publicitatea ar afecta aceste valori și ar aduce prejudicii persoanei (A. Muraru, *Dispozițiile constituționale și penale privind libertatea persoanei. Terminologie și semnificații juridice*, în *Liber amicorum Ioan Muraru. Despre Constituție și constituționalism*, Editura Hamangiu, București, 2006, p. 165).
- ⁵ A.-M. Roviello, *La notion d'égalité chez Tocqueville*, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, *L'égalité*, vol. VIII, Bruylant, Bruxelles, 1982, p.556, lucrare citată după Z. Ruramira Bizimana, *L'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement*, *op. cit.*
- ⁶ În concluzie, dreptul la respectarea vieții private este considerat „comme le produit à la fois d'une extension de la garantie de la vie privée au-delà de la sphère de protection qu'elle crée autour de chaque individu et, plus fondamentalement sans doute, comme l'abandon même d'une compréhension géographique de la vie privée, au profit d'une conception qui y voit le droit de l'individu à l'autodétermination, par le fait de poser certains choix particulièrement essentiels” (D. Borrillo, *Homosexualités et droit, De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p.72, *apud* Z. Ruramira Bizimana, *L'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement*, *loc. cit.*).
- ⁷ J. Rivero, *Les libertés publiques. Le régime des principales libertés*, 4^e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, p. 76.
- ⁸ C. Jugastru, *Repararea prejudiciilor nepatrimoniale*, Editura Lumina Lex, București, 2001, p. 98.
- ⁹ Cu privire la aceste aspecte, a se vedea și Z. Ruramira Bizimana, *L'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement*, *op. cit.*
- ¹⁰ Chiar dacă nu se referă explicit la nume, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a decis, în hotărâri succesive, că, în calitate de mijloc de identificare personală ce relevă apartenența la o familie, numele unei persoane nu privește mai puțin viața privată a acesteia (V. Berger, *Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului*, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 1998, p. 360-362, cauza *Burghartz contra Elveției*).
- ¹¹ Parteneriatul înregistrat este înțeles ca regim de viață comună între două persoane, prevăzut de lege și care necesită evidențierea (prin formalitatea înregistrării) la autoritatea competentă. Unul dintre parteneriatele-model, în ceea ce privește organizarea relațiilor patrimoniale ale partenerilor, este cel francez, reglementat începând cu anul 1999 (pentru descriere, a se vedea, M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 4^e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2013, p. 57-59).

- ¹² Speța este expusă în O. Predescu, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului*, Editura Lumina Lex, București, 1998, p. 85.
- ¹³ Soluțiile *Menesson c/a Franței* (nr. 65192/11) și *Labassé c/a Franței* (nr. 65941/11) pot fi consultate la adresele http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Reproductive_FRA.pdf și <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804614-5854905#%22itemid%22:%22003-4804614-5854905%22>] (valabile la 31 octombrie 2016).
- ¹⁴ J. Pascual, *La Cour de cassation va devoir changer de jurisprudence sur la gestation pour autrui*, în „Le Monde”, 19 iunie 2015 (http://www.lemonde.fr/police-justice/article/2015/06/19/la-cour-de-cassation-va-devoir-changer-de-jurisprudence-sur-la-gestation-pour-autrui_4657591_1653578.html, material consultat la 31 octombrie 2016). Presa franceză vorbește despre aproximativ 2000 de copii născuți prin gestație pentru altul în străinătate, copii care trăiesc pe teritoriul francez alături de părinți – cupluri heterosexuale sau homosexuale, fără să fie înscrși ca cetățeni francezi la starea civilă.
- ¹⁵ Republicată în M.Of. nr. 372 din 28 aprilie 2006.
- ¹⁶ Normele (legile) de aplicatie necesară (imediată) sunt norme materiale care aparțin sistemului de drept al forului și care exclud conflictul de legi (N.C. Aniței, *Leții de drept internațional privat român*, Editura Lumen, Iași, 2015, p. 81).
- ¹⁷ Pe larg, cu privire la aceste probleme, B. Audit, *Droit international privé*, 3^e édition, Economica, Paris, 2000, p.534, *apud* Z. Ruramira Bizimana, *L'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement*, *op. cit.*
- ¹⁸ „Viitorii soți pot alege ca regim matrimonial: comunitatea legală, separația de bunuri sau comunitatea convențională” (art. 312 alin. 1 C. civ.).
- ¹⁹ Cu privire la noțiunea de convenție matrimonială, principiile, caracterele juridice și condițiile de validitate ale acesteia, a se vedea, E. Florian, *Regimuri matrimoniale*, Editura C.H. Beck, București, 2015, p. 57-67.
- ²⁰ *Ibidem*, p. 59.
- ²¹ Condițiile de formă ale convenției matrimoniale sunt cele reglementate de legea aplicabilă regimului matrimonial sau cele prevăzute de legea locului încheierii convenției.
- ²² Legea regimului matrimonial poate fi: legea statului în care soții sau viitorii soți ori unul dintre aceștia au reședința obișnuită la momentul încheierii acordului; legea statului de cetățenie al unuia dintre soți sau dintre viitorii soți la data încheierii convenției de alegere a legii aplicabile. Dacă părțile nu aleg legea aplicabilă, Regulamentul determină criteriile de localizare obiectivă a legii regimului matrimonial.
- ²³ Legea aplicabilă parteneriatului se desemnează prin intermediul convenției de alegere a legii aplicabile, dintre variantele următoare: legea statului în care partenerii sau viitorii parteneri sau unul dintre ei își au (are) reședința obișnuită în momentul încheierii acordului; legea unui stat a cărui cetățenie este deținută de către oricare dintre parteneri sau viitorii parteneri în momentul încheierii acordului; legea statului în temeiul căreia s-a constituit parteneriatul înregistrat (C. Jugastru, *Regimurile patrimoniale ale cuplurilor internaționale în viziunea legiuitorului european*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 3/2016, p. 118).
- ²⁴ Forma convenției de alegere a legii aplicabile desfacerii căsătoriei este înscrisul semnat și datat de soți (art. 2599 C. civ.).
- ²⁵ Condițiile cumulative pentru recunoașterea divorțului prin denunțare unilaterală în dreptul român: actul a fost întocmit cu respectarea tuturor condițiilor de fond și de formă prevăzute de legea străină competentă; femeia a acceptat, în mod liber și neechivoc, această modalitate de desfacere a căsătoriei; nu există niciun motiv de refuz al recunoașterii pe teritoriul României a hotărârii prin care s-a încuviințat desfacerea căsătoriei în această modalitate.

- ²⁶ Prevederile Regulamentului se aplică în cazul în care există „conflict de legi”. Sintagma nu este definită în contextul Regulamentului, dar vizează situațiile conflictuale generate de prezența elementului de extraneitate.
- ²⁷ Cu privire la determinarea subiectivă a *lex causae*, în contextul Regulamentului Roma III, a se vedea, D. Burreau, H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome II, *Partie spéciale*, Presses Universitaires de France, Paris, 2014, p.227.
- ²⁸ Legea statului pe teritoriul căruia soții au reședința obișnuită la data încheierii acordului; legea statului pe teritoriul căruia soții au avut ultima reședință obișnuită, cu condiția ca unul dintre ei să locuiască la această reședință la data acordului; legea statului de cetățenie a unuia dintre soți la data înțelegerii asupra legii aplicabile divorțului sau separării de corp; legea forului.
- ²⁹ Recunoașterea persoanei juridice nu este supusă legii naționale. Procedura recunoașterii este reglementată în unele legislații naționale, distinct pentru persoanele juridice cu scop lucrativ și pentru cele care nu au scop lucrativ. De asemenea, fuziunea persoanelor juridice de naționalități diferite poate fi realizată dacă sunt cumulativ îndeplinite cerințele prevăzute de legile naționale aplicabile statutului lor organic.
- ³⁰ A se vedea, pentru prezentarea principiului autonomiei de voință în materie contractuală, I. Macovei, *Drept internațional privat. În reglementarea noului Cod civil și de procedură civilă*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 195-197.
- ³¹ Alegerea legii aplicabile actului unilateral poate fi, de asemenea, modificată, în condițiile legii (art. 2637 alin. 4 C. civ.).
- ³² P. Vasilescu, *Actul civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 480.
- ³³ „Părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri”. Conform art. 11 C. civ. „Nu se poate deroga prin convenții sau acte juridice unilaterale de la legile care interesează ordinea publică și bunele moravuri”.
- ³⁴ „Contractul valabil încheiat are putere de lege între părțile contractante” (art. 1270 alin. 1 C. civ.).
- ³⁵ O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Partea generală, în reglementarea noului Cod civil*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 195.
- ³⁶ Importanța încheierii valabile a acordului de desemnare a legii aplicabile este subliniată, în mod special, în raport cu contractul-cadru cu element de extraneitate. Acest tip de contract are rolul de a fundamenta relații de afaceri de lungă durată, astfel că, o eventuală nulitate, încă de la momentul încheierii actului, ar putea să aibă consecințe grave. Contractul-cadru corespunde, de obicei, unor interese economice semnificative, iar nulitatea contractului (datorată nevalabilității clauzei de alegere a dreptului aplicabil) ar avea consecințe „catastrofale” pentru părți (M. Lamhamedi Cherradi, *Le contrat cadre en droit international*, Master Recherche Droit des marchés, des affaires et de l'économie, Université de Bourgogne, 2006, material disponibil la adresa http://www.memoireonline.com/10/06/244/m_contrat-cadre-droit-international19.html, consultat la 20 octombrie 2016).
- ³⁷ D.-Al. Sitaru, *Drept internațional privat. Partea generală. Partea specială – Normele conflictuale în diferite ramuri și instituții ale dreptului privat*, Editura C.H. Beck, București, 2013, p. 339.
- ³⁸ Cu privire la *dépeçage* în Roma I, a se vedea, A. Oprea, *Observații privind principiul autonomiei voinței în dreptul internațional privat al contractelor*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 5/2012, p. 111-113.
- ³⁹ Pentru definirea termenului, a se vedea, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, *Choice of Law in International Commercial Contracts : Hague Principles?*, p. 897-898, material disponibil la adresa <http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/XV-3-4-0883.pdf>, consultat la 20 septembrie 2016.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 341-342.

⁴¹ M. Giuliano, P. Lagarde, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, citat după Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10e édition, Dalloz, Paris, 2013, p. 556. Operațiunea cunoscută sub denumirea "dépeçage" face obiectul unor studii de anvergură (inclusiv monografice). În acest sens, P. Lagarde, Le "Dépeçage" dans le droit international privé des contrats, CEDAM, Padova, 1975; C.G. Stevenson, Depeçage: Embracing Complexity To Solve Choice-of-Law Issues, în *Indiana Law Review*, vol. 37, 2003-2004, p. 303-338; M. Ekelmans, Le dépeçage du contrat dans la Convention de Rome, în *Mélanges Van der Elst*, Bruxelles, 1986, p. 243 și urm., apud *Academie de droit international privé de la Haye, Recueil des cours. Collected courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/ Boston/ London, 1996, p. 139.

⁴² Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 557.

⁴³ M. Giuliano, P. Lagarde, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, *op. cit.*,

[[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031(01))].

⁴⁴ Curtea de casație franceză, hotărârea din 8 iunie 2010, *apud* Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 557.

⁴⁵ T. Prescure, C.N. Savu, *Drept internațional privat*, Editura Lumina Lex, București, 2005, p. 101.

⁴⁶ P. Vasilescu, *Actul civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, *op. cit.*, p. 481.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 482.

⁴⁸ Pentru explicații de detaliu, a se vedea, A. Oprea, *Legile de poliție în Regulamentul european Roma I privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 3/2010, p. 113-120; A. Oprea, *L'article 3&4 du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et les contrats intracommunautaires*, în D.A. Popescu (coord.), *Specificitate și complementaritate în dreptul privat european. Conflictul de legi și de jurisdicții și integrarea lor europeană*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 180.

⁴⁹ Cu privire la etimologia cuvântului „testament”, a se vedea, M.D. Bocșan, *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 41.

⁵⁰ Manifestarea unică de voință a testatorului este suficientă pentru a da naștere, la moartea sa, la drepturi și obligații. Acceptarea legatelor sau a altor dispoziții testamentare este act juridic unilateral distinct, care nu trebuie să se întâlnească cu voința testatorului ca în cazul actelor juridice bilaterale (Al. Bacaci, Gh. Comăniță, *Drept civil. Succesiunile*, Editura Universul Juridic, București, 2013, p. 74).

⁵¹ A se vedea, F.G. Păncescu, *Dreptul internațional privat român. Tradiție. Reformă. Tendințe*, în M. Uliescu (coord.), *Noul Cod civil. Comentarii*, Editura Universul Juridic, București, 2010, p. 413.

⁵² Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 4 iulie 2012 privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor a fost publicat în *Jurnalul Oficial L 201*, 27/07/2012. Pentru o prezentare a acestui Regulament, a se vedea, I.-L. Vlad, *Regulamentul 650/2012: Revoluția succesiunilor?*, în *Revista de note și studii juridice*, material disponibil la adresa <http://www.juridice.ro/395852/regulamentul-6502012-revoluția-succesiunilor.html>, accesată la 19 septembrie 2016).

⁵³ Pentru o prezentare amplă a problematicii legii aplicabile în temeiul Regulamentului nr. 650/2012, a se vedea, D.A. Popescu, *Considerații privind determinarea legii aplicabile succesiunilor internaționale (partea întâi)*, în *Revista Română de Drept Privat*, nr. 4/2007, p. 132-170.

- ⁵⁴ Sever criticat în literatura de specialitate, principiul dihotomiei legii aplicabile moștenirii, consacrat în trecutul legislativ al mai multor state membre, supunea bunurile unor legi diferite: pentru bunurile mobile, era aplicabilă legea națională a defunctului, la data morții, iar pentru imobile, *lex rei sitae* (în dreptul român reglementarea se găsea în art. 66 din Legea nr. 105/1992).
- ⁵⁵ A se vedea, I. Macovei, *Drept internațional privat. În reglementarea noului Cod civil și de procedură civilă*, Editura C.H. Beck, București, 2011, p. 225-226.
- ⁵⁶ A se vedea și D.-Al. Sitaru, *Drept internațional privat. Partea generală. Partea specială – Normele conflictuale în diferite ramuri și instituții ale dreptului privat*, op. cit., p. 530-531.
- ⁵⁷ Y. Lousouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, op. cit., p. 633, inclusiv nota 1 de subsol.
- ⁵⁸ A se vedea, pentru aplicațiile *lex voluntatis* în conflictele de jurisdicții (și pentru materiile excluse de la regulă), I. Leș (coord.), C. Jugastu, V. Lozneau, A. Circa, E. Hurubă, S. Spinei, *Tratat de drept procesual civil. Volumul II. Căile de atac. Procedurile speciale. Executarea silită. Procesul civil internațional. Conform Codului de procedură civilă republicat*, Editura Universul Juridic, București, 2015, p. 71-797.
- ⁵⁹ Sub aspectul oportunității, clauzele atributive de jurisdicție nu au avut dintotdeauna statutul de care se bucură în prezent. Pentru largi considerații asupra avantajelor pe care le prezintă alegerea forului, a se vedea, B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, septième édition refondue, Economica, Paris, 2013, p. 402.
- ⁶⁰ M. Attal, A. Raynouard, *Droit international privé, Tome 1: Principes généraux*, Éditions Larcier, Bruxelles, 2013, p.238.
- ⁶¹ Două texte de lege concretizează această idee. Întâi, se prevede că prorogarea convențională este admisibilă doar "în materii de care ele [părțile, s.n.] dispun liber conform legii române" (art. 1067 alin. 1 NCPC).
- Apoi, se precizează expres că este inoperantă convenția de alegere a forului – cu privire la alt for decât instanța română, în situațiile care antrenează competența exclusivă a instanțelor române. Afirmția este valabilă atât pentru statutul individual și familial (art. 1079 NCPC), cât și pentru acțiunile patrimoniale enumerate limitativ la art. 1080. Textul legal (art. 1082) se referă explicit doar la convenția de alegere a forului.
- ⁶² *Compagnie des signaux et d'entreprise électriques*, speță citată după D. Gutmann, *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1999, p. 218-219.
- ⁶³ P. Mayer, *Droit international privé.*, 6^e édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 198.
- ⁶⁴ Caracterul internațional al litigiului nu rezultă din simplul fapt al desemnării unei instanțe străine (caracterul internațional este determinat de prezența elementul de extraneitate).
- ⁶⁵ Se pare că sursa de inspirație a exigenței formei verbale cu confirmare scrisă (care a existat și în forma nerevizuită a regulamentului), se găsește în dreptul german. Chemată să lămurească dispoziții legale privind forma prorogării de competență, Curtea de Justiție s-a pronunțat inițial în sensul că ambele părți trebuie să confirme, în mod obligatoriu, încheierea convenției (*Segoura*, 1976). A revenit asupra acestei jurisprudențe, precizând că este suficientă confirmarea scrisă din partea uneia dintre părți, esențial fiind a se face dovada consimțământului la prorogarea de competență (*Sté Goeminne Hout c/a Till Russ*, 1984; *F.A. Berghoefer GmbH*, 1985) – a se vedea, B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, op. cit., p. 548. A se vedea și D.B. Abderrhamane, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1985; F. Bernard, *Les clauses attributives de juridiction dans les conventions européennes*, Thèse, Paris II, 2000, citate după B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, op. și loc. cit.

ARTICOLE

**L'EXIGENCE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE :
« LE FAIRE JURIDIQUE » A L'ÉPREUVE DE LA CONFIANCE COSOCIÉTAIRE**

Bjarne MELKEVIK*

Abstract: *The requirement of legal security: How should legal security be understood? The author considers it as a requirement that the actors of a legal system undertake to respect, implement and improve for the benefit of citizens and litigants. He argues that it is an intellectual false move to understand "legal security" exclusively as a dogmatic or theoretical concept, where we should more appropriately understand it in its practice and as an ambition relative to how to "make-the-law". Therefore, the author attempts to make this requirement clear and transparent by analyzing how actors understand the legal system and how they should be committed to a complex understanding of legal security from the citizens and litigant's viewpoint. He analyzes legal security in the light of the autonomy of law, as well as a service to be rendered efficiently, properly and legally to citizens and litigants. Finally, the author argues that legal certainty is verified exclusively in the degree of real trust and honesty that the citizens grant their legal system.*

Résumé : *Comment comprendre la sécurité juridique ? L'auteur l'envisage en tant qu'une exigence, que les acteurs d'un système juridique s'engagent à respecter, réaliser et perfectionner au bénéfice des justiciables. Il soutient que c'est un faux pas intellectuel de comprendre la « sécurité juridique » exclusivement comme un concept dogmatique ou théorique, là où il convient mieux de la comprendre dans sa pratique et comme une ambition relative au comment « faire-le-droit ». De ce fait, l'auteur cherche à rendre cette exigence plus claire et limpide en analysant comment les acteurs du système juridique comprennent et s'engagent en faveur d'une sécurité complexe comprise à partir des justiciables. Il analyse la sécurité juridique à lumière de l'autonomie du droit ainsi que dans le service qu'elle rend efficacement, adéquatement et juridiquement aux justiciables. Enfin, l'auteur soutient que la sécurité juridique se vérifie exclusivement dans le degré de confiance réelle et honnête que les cosociétaires accordent au système juridique.*

Keywords: *legal security, the rule of law, procedural law, theory and practice in law, philosophy of law, legal modernity*

Mots clefs : *sécurité juridique, le règne du droit, droit procédural, théorie et pratique en droit, philosophie du droit, modernité juridique*

La « sécurité juridique » fait partie des exigences dont un système juridique va se doter et qu'il s'engage à respecter.

Le mot « sécurité juridique » (de même que celui de « sécurité judiciaire ») va s'énoncer à l'intérieur d'un ordre juridique moderne. Elle a pour ambition d'être à la hauteur de cette aspiration et de l'optimiser autant que possible. De ce fait, la sécurité juridique n'exprime qu'un ensemble de prérequis à réaliser et que tout homme souhaiterait raisonnablement voir s'accomplir, par et à l'intérieur d'un système juridique à son service.

Cela fera l'objet de notre article. Il convient tout de même de souligner que le sens à attribuer à ces exigences est loin d'être entièrement clair, limpide et non controversé.

Les leurre du concept et la vigilance intellectuelle

Retenons au préalable que les « définitions », les « concepts » et les « normes » attribués à la sécurité juridique risquent rapidement de nous égarer, de tromper notre esprit ainsi que notre vigilance,¹ là où il convient, *a contrario*, de l'envisager analytiquement et semblablement à un « ensemble de sens » à établir, à résoudre et à dénouer. C'est un faux pas, autant pratique que théorique, que de vouloir dissoudre le tout dans des concepts doctrinaux. Cela ne nous éclairera pas, bien au contraire, cela cristallisera improprement toute question de droit à l'intérieur d'une dogmatique servant l'esprit d'une orthodoxie préétablie, le tout, au détriment de toute santé juridique.

A contrario, l'exigence de sécurité juridique se comprend mieux sous le mode de plusieurs vecteurs pratiques et complexes, qu'il convient invariablement de vérifier et de revérifier au niveau du « réel ». C'est dans la réalisation d'un « faire droit » que toute question de droit prend son sens. C'est ainsi que se dessinent ses propres contours, ne soient-ils qu'imparfaits et temporaires. Une question de droit se comprend plus facilement sous une intrigue à résoudre et sur le fond d'un *iuris prudentia* qui sert l'entreprise juridique, le faire droit.

Sécurité individuelle et sécurité sociale et politique

En conséquence, il est utile de souligner que la « sécurité juridique » n'est pas entièrement comprise (et vécue) sans l'interrogation sur la sûreté « réelle », personnel, civil, social, religieux, et ainsi de suite. C'est-à-dire que la sécurité juridique en tant que telle ne signifie pas forcément qu'on a affaire à une situation où existent des garanties de sûreté réelles aux justiciables, générant une protection efficace et active, autant pour un individu que pour un acteur économique, social, institutionnel.

En réalité, il s'agit autant d'une situation « sécuritaire » (rattaché à la politique, à l'efficacité d'un système juridique et à la probité et l'efficacité sans faille de l'ordre policier)² que d'une condition sociale de sécurité individuelle, de commerce et d'intersubjectivité.

La « sécurité juridique » peut, avec bonheur, être assimilée à une « assurance » collective (rattachée à la situation de civilité, prévisibilité, tranquillité d'une société spécifique) et à un « état d'esprit » qui assure et engage (ou désavoue) le sentiment d'être en sécurité.

C'est, de la sorte, un « support », un « moyen », pour agir avec dextérité et adresse dans une société donnée ; plusieurs théoriciens du droit l'associent même à « un droit naturel » (comme l'affirmait d'ailleurs la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³) et à une prérogative rattachée à l'être humain (c.-à-d. au droit de l'Homme)⁴.

C'est également un « ordre », un agencement, à la disposition et en charge de la « sécurité juridique » (à savoir les institutions judiciaires ; le parquet ; et les huissiers, les « shérifs » et les « marshals » (en tant qu'auxiliaires d'un système judiciaire efficace), et la gardienne, le dépositaire, d'un sentiment et d'une confiance subjective d'être en « sécurité » et à l'abri des calamités d'ordre moral, religieux, social.

* * * * *

Il convient, après ces liminaires, d'apporter plus de chairs, de contenu et de précisions, à notre étude.

Nous la débiterons avec une analyse plus juridique du sens à attribuer à l'exigence de « sécurité juridique » (1), ceci afin d'identifier ses multiples vecteurs à évaluer et à faire fonctionner correctement à l'intérieur d'un ordre juridique moderne.

Nous poursuivrons, ensuite, par l'analyse de la sécurité juridique en tant qu'exigence d'être au service des individus (2). Nous verrons que, de ce fait, il est possible d'arriver à l'optimiser et à la réaliser (autant que possible) pour tous. Il s'agit de mettre en avant, tel un *litmus* test⁵, la question de confiance que les acteurs sociaux accordent (ou n'accordent pas) en pratique, à un système juridique.

Si l'on compare cela pareille à une bataille qu'un système juridique mènerait à lui-même, la sécurité juridique pourrait s'aborder sur deux fronts :

- l'une vers l'extérieur : il s'agirait de la question de l'autonomie du droit et du système judiciaire
- l'autre vers l'intérieur : représentée par la lutte permanente et ardue consistant à servir adéquatement tous les justiciables en équité et honneur.

1. Sur le sens pratique à accorder à la sécurité juridique

Examinons, en premier lieu, le sens à accorder à l'exigence de sécurité juridique en tant qu'ensemble d'exigences, complexes et composées d'éléments divers et divergents, quant au droit moderne.

Avec une telle compréhension, il nous semble pertinent de nous servir d'un texte qui fait autorité : le Rapport public 2006 du Conseil d'État français sous-titré « Sécurité juridique et complexité du droit »⁶. Celui-ci se distingue favorablement par la qualité de sa dissertation réflexive et informée en ce qui concerne l'exigence de droit dans une société moderne⁷. Aussi, nous commencerons notre analyse par un examen de ses propos, dans le but de circonscrire, à grands traits, l'exigence de sécurité juridique.

Le principe de sécurité juridique

Primo, il convient d'observer le fait que le Conseil d'État (français), fidèle à la tradition française, définit et appréhende la sécurité juridique en tant que « principe ». Pour les rédacteurs du Rapport, il s'agit d'une « exigence princière » qui, avant toute autre source argumentative, acquiert, de par l'importance accordée à un « état de droit de qualité », une préséance sur toutes autres considérations positives⁸. Elle se conçoit, de ce fait, en tant que principe téléologique (ou finaliste) par l'aveu (exprimé avec autant de candeur que de présomption) des rapporteurs du Conseil d'État (Français) : « [L]e principe de sécurité juridique ne figure ni dans notre droit administratif, ni dans notre corpus constitutionnel. Certains auteurs vont même jusqu'à qualifier le concept de « clandestin ».⁹

Or, un principe finaliste constitue un désaveu fort et clair aux théoriciens de « constructivisme », voire de « constitutionnalisme théorique », de même qu'aux partisans de la « *konsept-lehre* » (c.-à-d. l'apprentissage par concept) à la française. En effet, si l'on perçoit la sécurité juridique comme une finalité, elle devient clairement l'objectif que tout système juridique souhaite acquérir, le tout, en faveur d'un « droit » perfectible.

Autrement dit, on ne peut comprendre ce concept que par la finalité d'une pratique, par la volonté de la réaliser autant que faire se peut.

C'est ici, avec des mots philosophiques – et certainement iusphilosophiques –, un finalisme de choix (n'ayant donc aucun « intention, cause et effet ») qu'adopte un système juridique (en l'occurrence français) en tant que « fin », pour s'améliorer, s'instruire et pour rendre compte de cette exigence.

Quant à l'explication de ce principe, le Conseil d'État (France) affirme plus précisément que :

« Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »¹⁰.

Sans ambiguïté, cette assertion affirme que la sécurité juridique doit être évaluée, sans tricherie, par et à partir des citoyens. Le principe se réfère à la « réalité vécue », à la perception et à l'appréciation que se font, en toute autonomie, les citoyens quant à l'efficacité et au sérieux de ce principe.

C'est donc aux cosociétaires que revient le lourd tribut d'apprécier si la sécurité juridique disponible et réelle leur suffit ou tout du moins, les rassure, tant au niveau de leur propre personne qu'à l'égard de leurs intérêts personnels et particuliers. Cela touche donc à la fois l'économie, le social, la politique et la liberté religieuse. À tout moment, ils auront à évaluer si le système juridique, ou encore judiciaire a un sens pour eux, ou, plus sobrement, si ces derniers leur servent adéquatement, équitablement et avec respect. Si cette évaluation se révèle être « négative », c'est qu'il n'y a pas de réelle sécurité juridique et tous les beaux discours venant d'en haut ne changeront rien à cette situation.

Dans le processus d'évaluation, la compréhension rationnelle de ce qui est « légal » et « illégal » (de même que légitime et illégitime) sert de guide au verdict pratique des cosociétaires, et surtout à ceux qui se retrouvent dans une position sociale, politique, religieuse, sociale, culturelle, de vulnérabilité et/ou de discrimination ouverte ou déguisée.

D'être clairs et intelligibles

C'est à partir de cette compréhension que vont s'installer, rationnellement, l'insistance sur la publicité ainsi que l'accessibilité et la « lisibilité » des textes, que les cosociétaires doivent librement s'engager à respecter. Comme l'affirme le Conseil d'État (français), les textes législatifs édictés (rebaptisés « normes » à l'intérieur d'un *a priori* doctrinal à la française) « doivent être

clairs et intelligibles »¹¹, en tant que communication adressée aux individus sans formation juridique, ceci, afin d'accroître le degré de sécurité juridique des cosociétaires.

À partir de ce principe, vont s'ajouter deux axes d'intellection et de précision : un axe formel sur la qualité de la loi et un axe temporel quant à la prévisibilité de la loi.

La qualité de la loi

L'axe formel de la sécurité juridique, c'est « la qualité de la loi »¹². Là-dessus, le Conseil d'État (français) énonce explicitement et sans ambiguïté, qu'une des dimensions primordiales de la « loi », c'est sa « clarté ». C'est le fait qu'elle soit formulée de façon compréhensible, non ambiguë et surtout, qu'elle soit « intelligible » pour des non-juristes. La législation ne doit à aucun moment devenir un piège pour les non-juristes.

Comme le Conseil d'État l'explique :

« La loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. La loi doit être normative : la loi non normative affaiblit la loi nécessaire en créant un doute sur l'effet réel de ses dispositions.

(.....).

Pour savoir ce que prescrit la loi, il ne suffit pas qu'elle soit matériellement accessible. Il s'agit certes là d'une exigence essentielle, et la publication de la norme, qui est destinée à la rendre accessible, constitue d'ailleurs une condition de son opposabilité. Mais il aussi que la norme soit intelligible. L'intelligibilité implique la *lisibilité* autant que la *clarté* et la *précision* des énoncés ainsi que leur cohérence. Elle suppose encore que les règles prennent toute leur portée à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer, sans qu'il faille, pour y parvenir, faire appel à trop de dispositions extérieures au texte. »¹³

La qualité de la législation¹⁴ et l'intelligence discernable de la loi¹⁵ se confirment (ou se nient) de façon quotidienne, tant au niveau de l'interprétation qui en est faite par des juristes indépendants (des avocats, des notaires, des conseillers juridiques, etc.) que celle faite par des juristes au service des contribuables. Il en va de même pour des non-juristes (fonctionnaire, administrateurs, policiers, etc.).

Qu'elle soit formulée dans la pratique ou bien donnée sur la base de conseils juridiques pour les justiciables, c'est principalement l'interprétation juridique faite par des acteurs ayant une formation juridique qui doit compter et être respectée, autant que possible. Dans le cas contraire, elle doit être révisée dans un procès judiciaire, et ce, de manière juste et équitable.

Pourtant, l'interprétation qui est faite par des non-juristes doit également être examinée avec soin et respect. C'est en effet de cette manière que l'on peut arriver à déceler le piège créé par la non-clarté d'une loi (et ses accessoires). Ce n'est que de ce fait que la sécurité juridique pourra se préciser et se stabiliser.

Bien entendu, le sens à établir, à créer, par l'acte interprétatif d'une loi (de même que par son mis en œuvre), doit être « égal pour tous », ou, plus exactement, il doit être capable de passer le test d'une égalité « universable »¹⁶ ou d'une universalisation « égale »¹⁷.

Si les mots de la loi, dans le processus de l'interprétation, « prennent toute leur portée à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer »¹⁸, l'acte de donner

un sens à un texte législatif ou réglementaire, se réalise en l'insérant dans l'intelligence constituée dudit « corpus juridique » en tant que *jurisprudence*. Cela se fait en assumant que, dans le processus interprétatif d'une source de droit, s'accomplit une œuvre commune (d'avocats, de jurés et de juges) et que se réalisent, non seulement l'exigence d'harmonie juridique et législative, mais également un respect des individus et une cohérence jurisprudentielle, par rapport à ce qu'a produit de mieux le système juridique jusqu'à présent¹⁹. L'acte interprétatif s'active, certes, à l'égard d'un cas particulier, mais il se fait toujours à l'égard, figurativement parlant, de la santé entière d'un système juridique de qualité.

Mais quand, par malheur, la sécurité juridique se trahit, « se brise », ou simplement lorsque l'on constate qu'un acteur du système triche ou utilise des procédés inusités ou déshonnêtes, ne soit-il qu'au niveau de l'interprétation, c'est le système juridique tout entier qui souffre et qui se rétrograde.

On peut comparer cela à une pomme pourrie dans un panier : le fait qu'elle soit là représente faussement le panier, le fait qu'elle y demeure risque de tout contaminer, de tout faire pourrir, et le fait de ne pas l'enlever signifie en devenir complice.

Ainsi, il est facile d'endommager, de détériorer, de détruire un système juridique. On peut le faire de multiples manières : par lâcheté, par paresse et avec iniquité non avouée, en ayant des partis-pris, en étant complice ou tout simplement en laissant aller les choses sans trop d'esprit, sans trop d'engagements.

Mais si l'on veut changer la donne, en faveur d'une santé juridique de qualité, la construction du système juridique s'effectuera étape par étape, le tout avec intelligence (juridique), rationalité et logique.

Ce qu'il faut comprendre, c'est que si nous faisons mal notre travail, le « droit » sera en conséquence, mal, mauvais et injuste²⁰ !

La prévisibilité de la loi

L'axe temporel c'est « la prévisibilité de la loi »²¹, et la sécurité juridique en dépend fortement.

« Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables.

La prise en compte de l'exigence de sécurité juridique entre parfois en concurrence avec l'application du principe de légalité, principe essentiel du droit public même si les deux concepts se renforcent mutuellement. Le principe de légalité peut avoir des conséquences sur la sécurité juridique, notamment en cas d'annulation contentieuse à caractère rétroactif, ou encore dans les hypothèses de revirement de la jurisprudence.

Cette prise en compte doit, en outre, rester compatible avec la nécessité de réserver au pouvoir politique et à l'administration les marges de manœuvre nécessaire à l'application de son programme et à l'exercice de ses missions de service public. Il en résulte un principe d'adaptation ou de mutabilité. Le concept de sécurité juridique ne saurait en effet constituer, comme certains le redoutent, « un habillage moderne du conservatisme juridique, un mécanisme

institutionnalisés de protection des situations acquises, même injustes, au nom de la stabilité de la règle de droit ».22

L'inflation législative actuelle, que l'on pourrait comparer à un tsunami annuel de lois et de changements de lois²³, nuit considérablement à la prévisibilité législative. On ne peut que le comprendre lorsque l'on se retrouve face à des lois issues de promesses déjà irréalistes (en réalité faite pour ne jamais être réalisées) ou idéologiques (en réalité faite pour gagner les élections), ou encore truffées d'imprécisions linguistiques, conceptuelles, ou bien ayant des « portées incertaines ».

Il en va de même avec l'incohérence entre les textes législatifs, les textes réglementaires et les « ordres administratifs ».

Tout ceci nous amène à tirer la sonnette d'alarme : nous sommes devant un climat législatif, politique et juridique qui, en se causant son propre préjudice²⁴, va réellement finir par se nuire²⁵.

Légitimité et légalité

Il existe (avec certitude) une liberté d'action et d'appréciation étendue au niveau politique et législatif. C'est, en effet, le rôle d'une instance législative que d'agir en tant qu'arbitre des intérêts divergents. Mais tout le monde ne peut pas être entièrement satisfait d'un tel processus d'arbitrage.

Aussi, si cette liberté politique a des conséquences importantes pour les citoyens et leurs affaires, il ne faut jamais perdre de vue qu'une législation mal-formulée, mal pensée et intempestive (voire discriminatoire) peut nuire et avoir des effets non souhaitables, voire même désastreux, autant sur le niveau individuel, que sur le niveau économique et social.

L'ancrage démocratique de la politique moderne exige, de ce fait, que la « légitimité et la légalité » aillent de pair. La légitimité (dont disposent exclusivement en démocratie les cosociétaires) nécessite, au niveau de l'espace démocratique, un débat ouvert et non biaisé où tous les intérêts et les points de vue peuvent être officialisés et thématiques, sans contrainte, au vu et au su de tout le monde²⁶.

Il convient également de s'assurer que les cosociétaires disposent d'une voix au chapitre, pour que les médiations et les arbitrages gouvernementaux, voire les conciliations ou accommodements sociaux, économiques et politiques, puissent s'effectuer en harmonie. Surtout, il ne faut pas que ce soit la plus faible partie (inévitablement un segment, une portion, une « minorité » des citoyens), qui se retrouve à payer seule les frais.

Le « principe d'adaptation ou de mutabilité »²⁷, dont il est fait référence dans le Rapport du Conseil d'État (français), prend de ce fait son sens, en tant qu'appel à la vigilance et en faveur d'une vraie *prudence juris*. Ce qui signifie qu'il convient de reconnaître que légalité va de pair avec la légitimité des intérêts de tous, et surtout avec ceux des citoyens ordinaires, face à un État ou une collectivité qui leur est hostile ou indifférente.

Au-delà des revendications et des calculs économiques, nous pouvons révéler, sans ambiguïté, que la sécurité de l'individu est primordiale. Aussi, nous pouvons simplement nous permettre de dire « tant pis pour l'État », tant pis pour le nationalisme et le collectivisme. Il faut savoir chasser le penchant néfaste et atavique qui consiste trop souvent à sacrifier l'individu, pour le bien ou la justice, supposément, de tous !

Si subséquemment la sécurité juridique prend (ou perd) son sens au niveau des citoyens, il convient en toute franchise d'affirmer, haut et fort, que les autorités politiques doivent toujours, et sans exception, jouer cartes sur table, sans tricherie, sans double jeu, et surtout, en respectant sans défaut le besoin vital des cosociétaires quant aux clartés de prévisibilité et de sécurité. Réduire quelqu'un à un simple intérêt économique ou réduire un citoyen ordinaire au statut de « victime » de la loi, détruisant son investissement, ses activités professionnelles, sa vie et sa situation économique et sociale, c'est la négation de sécurité juridique qui se dévoile, se démontre. La question de « prévisibilité » quant à la capacité et la liberté d'agir en toute confiance est sans doute primordiale pour une sécurité juridique de qualité. Mais elle nécessite en conséquence une vigilance constante de la part de la communauté juridique.

Non-rétroactivité et droits acquis

En outre, le Conseil d'État (français) requiert deux exigences spécifiques pour assurer un système juridique sain et prêt et qui confère, confirme, à ses sociétaires, citoyens, la capacité de s'engager en confiance dans l'avenir : l'exigence de la non-rétroactivité de la loi, et l'exigence des droits acquis et de la stabilité des situations juridiques acquises ou admises.

Quant à la première exigence :

« La non-rétroactivité de la loi constitue l'un des fondements de la sécurité juridique : elle est impérative en droit pénal, et de façon plus générale en matière répressive, notamment pour des sanctions financières. Elle n'a pas la même portée dans les autres domaines où elle peut être dérogée par intérêt général.

Le juge constitutionnel a été conduit, en application de cette règle, à limiter les possibilités d'application des validations législatives, par nature rétroactives.»²⁸

Et quant à la deuxième exigence, ciblant la protection des droits acquis et la stabilité des situations juridiques, elle dispose que :

« L'équilibre, ici encore, doit être atteint entre, d'une part, l'exigence de sécurité juridique et, d'autre part, les nécessités de l'adaptation et le respect de la légalité.

Pour le retrait des actes illégaux, cet équilibre n'est respecté que si des délais raisonnables sont fixés. L'Union européenne est ainsi divisée entre les pays qui retiennent de façon objective un délai dans lequel ce retrait peut intervenir, comme la France ou la Belgique, et ceux qui l'appréhendent au regard d'une appréciation subjective de la sécurité juridique, comme l'Allemagne ou l'Italie. »²⁹

Il en découle, avec clarté, que le « temps » (c.-à-d. délais, prescriptions, extinctions, péremptions, nullifications, etc.) ne doit jamais devenir un piège pour les citoyens. La loi doit vraiment être « prévisible » à partir du cosociétaire, pour que la légalité gérée par le système judiciaire puisse adéquatement permettre aux citoyens de se repositionner, pour se réadapter, pour sortir d'une situation non souhaitable et pour se protéger autant que possible.

De ce fait, il convient d'être très attentif à ce que les rédacteurs de ce rapport, de cet avis du Conseil d'État (français), ne s'engagent aucunement dans une définition intégrale de ce qui constitue, potentiellement, un « droit acquis » et qu'ils ne conjuguent pas non plus ce

concept classique avec une équivalence se rapportant *per se* aux « situations juridiques », à protéger en tant que telles. Les citoyens se trouvent, en effet, toujours engagés et impliqués dans des « situations juridiques » très complexes.

Également, la représentation doctrinale et la jurisprudence acquises au niveau du « droit acquis », risquent rapidement de se révéler insuffisantes, voire même boiteuses, pour l'évaluation en profondeur de ce qui porte atteinte à la sécurité juridique. De ce fait, on perçoit la nécessité d'analyser soigneusement des « situations juridiques » en détail, dans toutes leurs complexités, tel qu'elles sont comprises et vécues, autant économiquement, financièrement et socialement, que « légalement » par les citoyens. L'argument pragmatique trouve aussi son utilité, à savoir qu'il convient de donner le temps nécessaire et adéquat pour qu'un citoyen puisse se repositionner et se réajuster si nécessaire. Cela fait aussi partie de la sécurité juridique.

L'interrogation sur la sécurité juridique ne constitue en aucune façon un monopole pour les spécialistes juridiques, judiciaires ou politiques. Plus encore, elle nécessite toujours une prise de parole et une critique de la part de nombreux acteurs. Les discussions et critiques sur ce thème doivent d'être les plus larges et libres que possible, afin que l'état réel de la situation soit adéquatement compris et thématiqué, au vu et su de tout le monde.

La sécurité juridique (et judiciaire) ne se réalise ni par des proclamations, ni par de belles paroles, mais, *a contrario*, par un processus d'apprentissage, d'une autopédagogie, d'éducation institutionnelle et de rationalité juridique. Il faut, en pratique, que l'ordre juridique veille et se prenne en charge pour assurer que la sécurité juridique et judiciaire fonctionne au service de la société civile, à savoir des cosociétaires.

C'est en pratique que les exigences de sécurité juridique (et judiciaire) se confirment ou se démentent.

2. La sécurité juridique vue à partir du système juridique

L'adversaire, autrement dit l'obstacle, de la sécurité juridique, est souvent le fonctionnement réel du système juridique lui-même. Aucune théorie « de pacotille » ne doit nous le faire oublier.

Ainsi, toute réflexion sur la sécurité juridique et la sécurité judiciaire sera tronquée, faussée et mutilée, si elle ne prend pas en compte le fait que l'ordre juridique est (où doit être) « au service » et « à la disposition » de la société civile et des individus, avec des intérêts et des préoccupations variés et conflictuels. Ce sont ces « services » qui doivent être appréciés et évalués. La sécurité juridique ne se comprend donc pas par de belles paroles : elle s'effectue dans une lutte où c'est le système juridique qui s'engage avec et contre lui-même, pour être à la hauteur. Une multitude de « libertés » sont nécessaires pour assurer cette sécurité juridique. On peut en citer trois d'entre elles : d'abord l'*habeas corpus*, ensuite un procès *iudicium iustum et æquum* (juste et équitable) et enfin l'*audi alteram partem*. Il va sans dire que les libertés mentionnées se chevauchent mutuellement et que le plus important c'est, transversalement, toujours la liberté de « ne compter pour qu'un ».

2.1. Habeas corpus

Il n'existe pas de sécurité juridique sans *habeas corpus*³⁰. C'est la condition *sine qua non* d'un ordre juridique sain et de qualité. Là où il n'y a pas d'*habeas corpus*, il n'y a pas de sécurité juridique en tant que telle et l'insécurité pourra régner en maître.

L'*habeas corpus* (c.-à-d. « sois maître de ton corps »), c'est une liberté (et un privilège) à l'encontre de l'arrestation (et toute équivalence) arbitraire. Il s'agit là d'une prérogative consistant à exiger de pouvoir se faire présenter, sans entrave, devant un juge pour être informé et pour se protéger judiciairement. Même si l'histoire du droit nous démontre certainement des antécédents historiques, l'*habeas corpus* a été le pilier des libertés anglaises et l'intellection du « règne du droit » (Rule of Law)³¹.

Historiquement, l'*habeas corpus* est issu de la *Magna Carta Libertatum* Anglaise de 1215 (avec la Charte des libertés d'Henry 1^{er} Beauclerc de 1100 à l'arrière-plan). D'un privilège circonscrit à l'origine à la faveur de la noblesse et du clergé (et certaines notabilités), l'*habeas corpus* prend, par la jurisprudence et la réappropriation populaire anglaise, la figure d'une liberté du pays, une liberté de naissance de tout cosociétaire, une liberté pour tous.

C'est en 1679 que le Parlement britannique, par une loi dénommée « la loi d'Habeas Corpus » (c.-à-d. Loi pour mieux assurer la liberté du sujet, et pour la prévention des emprisonnements outre-mer³²), consacre la prérogative et en précise le contenu³³ :

- Tout juge en exercice peut, lorsqu'une personne certifie qu'il a été arrêté, ou contraint à sa liberté, délivrer un *bref* d'*habeas corpus* (c.-à-d. un writ³⁴).
- Les officiels qui détiennent la personne citée par l'ordonnance doivent se présenter avec ladite personne dans les trois jours, devant le juge qui l'a signé.
- En l'absence de délit ou lorsque les charges sont manifestement insuffisantes, le juge va faire libérer la personne. Sinon, le juge va fixer une caution ou la réincarcérer après avoir examiné les charges et leurs gravités.
- Les personnes détenues pour trahison ou félonie et non libérables peuvent exiger d'être jugées dès la prochaine session judiciaire (aujourd'hui : « dans un délai raisonnable »).
- Le lieu de détention d'une personne ne peut être changé que pour quelques motifs prévus par la loi. Elle ne peut en aucun cas être transférée en outre-mer ou en Écosse, hors du ressort des tribunaux anglais.
- Le juge qui ne remet pas une ordonnance d'*habeas corpus*, de même que l'officier qui a la garde d'une personne et qui n'y obéirait pas, est passible de fortes amendes, voire de destitution.

Retenons, en premier lieu, que les dispositions de cette Loi d'Habeas corpus n'étaient pas applicables aux affaires civiles. Ce n'est que par une Loi de 1816³⁵ que cela se précise et que sera affirmé que la protection de la liberté des citoyens doit être protégée également quant à la « détention » (et tout procédé qui de la même façon restreint la liberté normale d'un citoyen). Cette signification se retrouve d'ailleurs dans les Conventions internationales des droits de l'Homme. Elle est, aujourd'hui encore, considérée comme une exigence indispensable, dans le fonctionnement d'un ordre juridique moderne.

La sécurité juridique se conçoit, de la sorte, en pair avec son contraire, à savoir avec la non-sécurité juridique. Et la non-sécurité juridique peut aisément être associée à la pauvreté et au manque d'argent (ou de la disponibilité physique) pour se défendre et pour engager un avocat en vue de protéger et de sécuriser ses intérêts *et, in fine*, de sa propre personne (car la sécurité juridique d'une personne devient illusoire si elle ne peut en profiter en pratique). La non-sécurité juridique nous rappelle qu'il faut s'assurer, en pratique, que le droit se fait correctement et adéquatement, et d'une façon qui fait honneur au système juridique. De même, la non-sécurité juridique nous fait clairement ressentir la nécessité d'un ordre juridique autonome et honnête, au service de l'individu, et à un ordre social, politique et économique, où l'individu peut, avec respect, intégrité, liberté, veiller à ses propres intérêts et les présenter librement, dans une Cour de justice.

La première lutte que tout système juridique doit jouer avec lui-même se résume dans son degré d'ouverture et de plasticité. Autrement dit, c'est dans sa capacité à assurer que toute personne qui le souhaite puisse accéder à un procès judiciaire ou arbitral. S'il faut chercher chez l'individu la raison qui le pousse à solliciter un accès au traitement judiciaire d'un problème ou d'un différend, c'est justement à lui qu'il revient de déterminer comment et de quelle façon, cela peut se réaliser. À chacun de faire (ou non) le choix d'un procès ordinaire, par arbitrage ou médiation, et également de choisir un pays distinct ou dématérialisé dans une Cour d'arbitrage. Le plus important reste l'individu et ses intérêts propres.

À l'inverse, le fait de dresser des obstacles judiciaires ou législatifs, allant à l'encontre de la liberté des citoyens, doit être clairement identifié et délimité, et surtout examiné et justifié au niveau démocratique. S'il est en effet légitime qu'un système juridique se réserve certains types d'exclusivités pour un procès sur place, cela doit être annoncé clairement et sans ambiguïté par la législation. En principe, un individu ne doit jamais se trouver dans l'impossibilité d'ester en justice (que cela soit de façon « ordinaire » ou arbitrale), car la possibilité de le faire c'est le lieu même où se confirme et où se nie toute question de droit³⁶. En clair, le système juridique ne doit jamais devenir un obstacle pour celui qui y fait appel et qui souhaite soumettre son cas ! Et si cela peut sembler évident, il ne faut pas oublier qu'il s'agit là du premier obstacle à la sécurité juridique.

Iudicium iustum et æquum

La sécurité juridique peut se concevoir par la prérogative de porter tout différent devant l'ordre judiciaire et que celle-ci soit réglée par un procès juste et équitable. Un « procès juste et équitable » (*iudicium iustum et æquum*), c'est avant tout un idéal, ou comme nous l'avons dit auparavant, une exigence que l'ordre juridique (et judiciaire) accepte de se donner en tant que « accountability » (c.-à-d. en tant que responsabilité judiciaire et en tant que l'obligation de tenir compte et de rendre compte) pour ses activités.

Historiquement, la 1^{re} exigence d'un « procès juste et équitable » c'était d'être jugé par ses « pairs », par ses semblables, par ses égaux. C'était une exigence qui interdisait aux juristes (ou magistrat, fonctionnaire, juges professionnels) de « juger les autres », de juger par en – haut, et de juger en inégalité (car qui peut être l'égal d'un juriste ?). Le *vrai juge* (et le seul juge digne de ce nom) sera alors le « jury », et historiquement, c'est l'image du jury qui décide « en droit » et

le magistrat-juge qui orchestre les séances judiciaires (c.-à-d. le maître des procédures), qui s'imposent. Le droit est alors une question d'égalité, créant rapidement controverses et scandales.

On peut le comprendre, car il s'agit d'un modèle de droit qui, depuis l'époque de l'absolutisme juridique et politique (à partir du 16^e et 17^e siècle), souffre.

Aujourd'hui, dans l'idéologie contemporaine de « gouvernances », il tend à être délaissé sur l'autel de l'efficacité et l'efficience³⁷, voire abandonné, au profit de l'office du juge en tant que nouveau « prêtre » (ou en tant que nouveau demi-dieu selon les mots de Ronald Dworkin³⁸).

Cet historique nous enseigne-t-il que le danger à l'encontre un « procès juste et équitable » vient en 1^{er} lieu du Juge, représentant la première menace à la tenue d'un « procès juste et équitable » ?

Que la réponse soit affirmative nous semble évident. Et un des aspects (parmi tant d'autres) de cette menace se situe au niveau de la question de l'indépendance des juges.

De toute évidence, l'indépendance des juges (et arbitres) est un élément important pour assurer la sécurité juridique et judiciaire. Il faut clairement s'assurer que les juges puissent faire leur travail en toute tranquillité et sans interventions provenant de l'extérieur ou intérieur via la hiérarchie (que ce soit au niveau de la hiérarchie politique ou gouvernementale). Il faut tout simplement garantir que les juges travaillent au bénéfice de ceux qui font appel à leurs services et ceci, à partir du « droit positif » (ou droit arbitral). En réalité, il s'agit ici de faire en sorte que la justice ne penche pas que d'un côté, comme on peut l'illustrer avec la tour de Pise.

C'est en pratique et en détail que l'indépendance des juges (et les arbitres) se constate ou se dénie. En ce sens, la sécurité juridique est en définitive symbolisée par des juges (et des arbitres) sûrs de leurs carrières, de leurs sièges et de leurs rémunérations, de même que de leurs personnes, de la sécurité de leurs familles et de leurs proches. Ainsi, il s'agit d'assurer factuellement une telle sécurité contre tout procédés consistant à « dérouter », « intimider » et « paralyser », les juges, face à leur devoir et à l'égard d'un ordre juridique de qualité.

À ceci, s'ajoute le professionnalisme ! Le professionnalisme d'un juge, magistrat ou arbitre, représente également une garantie contre l'insécurité juridique et judiciaire. Il faut que les juges (et les arbitres) sachent ce qu'ils doivent faire, qu'ils prennent pleinement conscience, professionnellement parlant, du fonctionnement d'un système juridique de qualité et enfin, qu'ils aient toutes les cartes en main pour assurer et perpétuer ce cheminement.

Le professionnalisme pourrait être comparé à un rempart, face à l'insécurité juridique (et judiciaire). Ainsi, comme tout bon garagiste sait qu'une voiture mal réparée tombera rapidement en panne (dans le meilleur des cas), tout juriste de profession sait qu'un dossier bâclé ne satisfera personne et aura des répercussions néfastes. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, personne ne sortira gagnant.

Voilà pourquoi, dans l'exigence d'un procès juste et équitable, on vise plus précisément l'importance de l'impartialité, de la neutralité, de l'objectivité, de la « justice » et « de l'égalité ». Il convient donc de chasser, autant que possible, toute partialité, injustice et arrangements qui font de l'ombre à la tenue d'un procès juste et équitable, et qui peuvent ainsi déséquilibrer la balance de la justice.

La raison d'être de l'exigence d'un « procès juste et équitable » se retrouve au niveau des justiciables eux-mêmes. En effet, ces derniers n'auraient aucun intérêt à aller s'adresser à un juge pour qu'il juge leur affaire, s'ils ne peuvent pas lui faire confiance. De manière plus abstraite, ils n'auraient aucun intérêt à croire en l'ordre juridique tout court.

Pourquoi donc, s'adresser à l'ordre juridique si le juge qui se trouve en office ne peut pas répondre adéquatement et honnêtement à l'exigence d'un procès juste et équitable ? Pourquoi respecter un jugement judiciaire (ou encore un ordre d'exécution, etc.) si celui-ci a été obtenu par un procès injuste et inéquitable ? Pourquoi se soumettre et respecter un ordre judiciaire qui triche et qui se moque des justiciables ?

De toute évidence, l'exigence d'un « procès juste et équitable » s'évalue à partir des justiciables, « les véritables juges » du service que l'ordre juridique leur offre. D'où, aussi, le constat que c'est avant tout dans le sentiment d'être traité de manière « injuste » et « inéquitable », que se trouvent la clef de la compréhension et le sens de cette évaluation. On retrouve également le fait que l'injustice et l'iniquité se trouvent dans les détails, dans la pratique, et que chaque dossier qui n'a pas été jugé adéquatement est un affront.

Et d'où, finalement, l'importance de prévisibilité telle que comprise et appréciée par les citoyens. Il s'agit d'une prévisibilité citoyenne qui, en n'appartenant pas aux acteurs du système juridique, se doit d'être scrupuleusement respectée. La prévisibilité citoyenne doit être respectée autant de manières judiciaires que législative : une prévisibilité législative (avec des lois clairement formulées et sans langue de bois) est indispensable pour réaliser une prévisibilité judiciaire où il n'y a pas de surprises et surtout, où s'affirme le respect des justiciables. Une prévisibilité citoyenne assure les justifiables que l'égalité est pour tous et qu'elle ne tend à privilégier personne. C'est là simplement le signe que le système juridique dans sa lutte avec lui-même, ne cède pas à son contraire, ne cède pas au chant des sirènes³⁹ et à la demande de regarder « ailleurs ».

Audi alteram partem

La troisième exigence, relevant de la sécurité juridique, se retrouve dans le privilège, la liberté de se défendre, d'être écouté et de pouvoir se défendre adéquatement (et par un avocat)⁴⁰. L'adage « *audi alteram partem* » est une pierre angulaire pour assurer la sécurité juridique des cosociétaires. Nous pouvons, dès lors, affirmer, sans grand risque d'être contredit, que chaque fois que l'*audi alteram partem* n'est pas respecté à la lettre, la sécurité juridique est alors nulle et absente.

La signification que représente cette exigence de l'*audi alteram partem* est complexe et variée, tant selon les domaines de pratique juridique, que selon les enjeux juridiques.

Bien entendu, la sagesse consistant à écouter ce qu'a à dire l'autre partie, celui sur lequel on parle ou encore sur lequel on accuse, ne se restreint en aucun cas au droit. Il trouve plutôt sa pertinence sous différents niveaux : politique et social, économique et culturel, et la morale et la religion.

C'est simplement le signe d'une personne ouverte et sage, une personne prête à écouter ses amis et ses adversaires, prête à s'instruire sur ce qu'a à dire autrui, prête à accepter que les individus n'ont pas à être accordés avec lui et n'ont pas à être obligés à se plier devant sa

parole. Au fond l'*audi alteram partem*, c'est le symbole d'une égalité de parole fréquemment déniée. Le nombre de pays où cette exigence n'a pas pu s'enraciner adéquatement représente la majorité des pays de notre planète.

Dans le domaine juridique, l'exigence de donner à toute personne impliquée dans un procès ou un différend, en tant que partie (ne soit-il qu'au stade secondaire), représente la possibilité, réelle et non détournée, de se faire attendre, de librement donner sa version, de rectifier les « faits » et les « appréciations », de donner des explications (de même que de devoir les refuser et d'éviter les auto-incriminations⁴¹), et surtout, de protester, de demander des « preuves » et de se défendre avec vigueur. Cela est d'une grande importance, puisque l'*audi alteram partem* représente autant le privilège de se faire entendre, que de se protéger et de se défendre.

De fait, les avocats sont en première ligne en ce qui concerne la sécurité juridique. Lorsqu'il s'avère qu'elle est au contraire insécuritaire, celle-ci porte directement atteinte à la sécurité juridique de leurs clients. Et dans le domaine du droit criminel (et dans des cas où un emprisonnement substantiel est en jeu), il convient simplement de s'assurer que les accusés ont des avocats à leurs services et qu'ils sont dévoués à leurs défenses⁴².

Il faut, en conséquence, protéger le travail des avocats en s'assurant que la profession joue son rôle avec une assurance réelle et judiciaire, et que la liberté des avocats peut se confirmer à tout moment. Quand les avocats ne peuvent travailler en toute sécurité et en toute confiance, il n'existe pas de sécurité juridique pour leurs clients.

Que cela soit en public ou dans un tribunal, l'interaction entre les avocats et l'écoute des juges (arbitres) sert à assurer qu'un système juridique optimalise les chances de réaliser, autant que possible, la sécurité juridique en faveur de tous. La devise de « *audi alteram partem* » - entendre l'autre (ou les autres) partie(s) - sert aussi bien la sécurité juridique et judiciaire, que la sérénité du système juridique en tant que telle.

Il faut que le droit puisse s'effectuer en public et par des dires qui peuvent être évalués et compris par tous, et encore plus par le juge.

Le juge (arbitre) et l'avocat, en tant qu'acteurs clefs du système juridique, partagent en parts égales la coresponsabilité pour assurer, autant que possible, une sécurité juridique au bénéfice des citoyens. Chacun doit donc comprendre ce que l'autre fait. C'est une manière pour eux de s'assurer, ensemble, que le système juridique mérite l'estime des justiciables.

Il revient donc au système juridique, de s'assurer que la maison de « droit » est bien entretenue et que l'insécurité juridique ne s'infiltré et ne le pourrisse d'aucune façon. Aussi, pour lutter contre l'ombre menaçante de l'insécurité juridique, il faut mettre en lumière les critiques, les évaluations réelles et les témoignages des individus victimes d'un ordre juridique dysfonctionnel. Ces critiques se doivent d'être aussi libres que sévères. Elles doivent, autant à l'intérieur qu'à l'extérieur du système, servir à identifier les zones d'insécurité, avant que celles-ci ne prennent trop d'ampleur et qu'elles touchent les citoyens et surtout, les plus vulnérables d'entre eux⁴³.

Confiance et sécurité juridique

D'autres mécanismes de sécurité juridique s'ajoutent ! En fait, une panoplie de sécurités diverses et variées pourrait servir au « règne du droit » dans une société politique, de ce fait dans une société juridique, le tout en tant qu'objectif d'un « règne du droit » moderne⁴⁴. Puisqu'il est clairement impossible de tous les scruter, les examiner et les analyser (à l'intérieur de notre objectif), il faut donc humblement renoncer.

On peut, cependant, souligner que les sécurités en droit – mentionnés ou non mentionnés – convergent vers l'importance que nous accordons à la confiance intersubjective, pour une société disposant d'un bon fonctionnement⁴⁵. Si la confiance est un élément primordial dans la progression d'une société tout entière, il en va de même pour que la liberté de l'individu s'engage en faveur du progrès, de la civilisation (et de la culture), de l'industrie ainsi que du commerce et, bien sûr, d'une interculturelité⁴⁶.

La confiance représente donc la pierre angulaire de la sécurité juridique et elle peut être illustrée en tant que dialectique entre, d'abord une disposition chez l'individu (« faire confiance ») et ensuite, une ressource individuelle (« avoir confiance ») guidant, motivant et « activant » les démarches sociales.

La confiance, en tant que disposition psychologique, se comprend ainsi qu'elle se manifeste en tant que disposition psychique chez un individu et que cela le pousserait à accorder (ou à refuser) sa confiance. Il s'agit d'une « espérance ferme, assurance, sécurité de celui qui se fie à quelqu'un ou à quelque chose »⁴⁷, et cela fait référence à une disposition psychologique attachée à un acteur individuel – ce qui reconforte la légitimité d'une analyse au niveau de l'acteur social – ce qui le dispose à accorder (ou refuser) sa confiance à quelqu'un ou dans un contexte précis et temporel⁴⁸. C'est une disposition, une attitude, un esprit, qui s'extériorise chez un individu et qui le pousse à confier sa confiance, à avoir confiance, à faire confiance.

Ce « faire confiance » n'est-il, en fin de compte, rien d'autre qu'une attente, une expectative, une « espérance », de ne pas être déçu, trompé ou abusé⁴⁹ ?

Quant à la confiance en tant que « ressource », cette signification se concrétise au niveau des actions sociales, puisqu'elle met en avant l'individu sur le plan social, économique, culturel, politique, etc.⁵⁰.

Si nous avons vu comment « faire confiance » peut nous inciter à être confiants, nous pouvons envisager la confiance comme le « sentiment qui fait qu'on se fie à soi-même »⁵¹ pour concrétiser des actes sociaux.

Ainsi la confiance n'est rien d'autre qu'un acteur socialisé et qui s'extériorise, en agissant dans le monde avec « confiance ». Compris de la sorte, la confiance s'appréhende sous le mode d'une ressource à la disposition de l'individu, d'un avoir assurance, d'un engagement, d'un « oser faire », etc., qui accompagne l'action sociale ou encore l'action communicationnelle. Mais prise au niveau de la personnalité, de l'être de l'homme (pour parler comme les Anciens), la confiance se révèle constitutive de l'individu et de son caractère à l'égard d'une échelle de jugement relative à la possibilité (c.-à-d. le premier sens de la confiance), l'opportunité et la modalité de confiance dans les enjeux sociaux. Elle nous démontre, ici, qu'elle est autant une force d'action, qu'un « résultat », objet à l'accumulation (c.-à-d. la confiance méritée engendre encore davantage de confiance.)

Il faut donc bien comprendre que si l'économie, ainsi que tous les progrès et développements économiques, repose aujourd'hui sur la « dialectique » entre une confiance psychologique de « faire confiance » et d'une confiance sociologique (et économique) « d'avoir confiance », toute cette dialectique joint la sécurité juridique. Ce sont ces deux notions qu'il convient de toujours assurer, protéger et garantir.

De la même façon que nous pouvons louer une « économie de confiance » qui fonctionne à l'avantage de tous, nous pouvons aussi louer une « sécurité juridique de confiance ».

En fait, lorsque l'on loue la confiance qui se rapporte au « règne du droit », dans toute sa complexité, c'est cette « confiance » qui permet de vivre librement, de s'engager dans la société et dans tous ces coins et recoins, et de « croquer la vie à pleine dent », autant privée et publique.

3. Conclure sur ce que nous savons et sur ce que nous devons faire

L'exigence de sécurité juridique se révèle, en fin de parcours, très complexe et repose entièrement sur la santé de l'ordre juridique dans un pays. En tant qu'exigence d'un droit moderne, l'exigence se prête à se conjuguer avec une mentalité moderne et avec un respect profond de ce qui doit « compter comme droit » - le droit politique des modernes - à partir des cosociétaires.

D'où - nous l'avons mentionné - la nécessité d'une législation claire et non ambiguë, d'un procès juste et équitable, d'une représentation juste et non biaisée, accomplie par des avocats, un système judiciaire ou arbitral indépendant et non contrôlable par l'extérieur (que ce soit par l'État, la Politique, la Religion, l'Oligarchie ou encore d'autres forces de pouvoir), et d'autres exigences du même ordre (tant au niveau des techniques juridiques qu'au niveau des procédures judiciaires).

Il faut comprendre qu'un système juridique ne se construit guère en un jour ! Il s'agit là d'un engagement délibéré qui se fait d'une génération à l'autre, où s'accumulent les couches de « bons droits » et de « droits mauvais », où il faut s'améliorer chaque instant et avoir recours à des mécanismes critiques pour identifier les failles et les mensonges, et où il faut apprendre à travers ses défauts autant que par ses réussites. C'est un engagement qui ne se contemple dans aucune finitude, sinon se découvre, se dérobe, se réalise, dans le labeur de ses artisans ; un système juridique. C'est un engagement où les exigences de sécurité juridique se jugent dans le détail. Si l'on prend l'image d'un bateau, il ne faut pas qu'une fois mise à l'eau, celle-ci le submerge. Il en va de même pour un système juridique où il ne faut pas le rendre inapte à servir adéquatement les justiciables.

Les exigences de sécurité juridique trouvent clairement leurs compréhensions, autant que leurs dénouements et leurs efficacités réelles, à l'intérieur d'une société où les individus s'engagent à vivre sous le « règne d'un droit », de préférence moderne et démocratique, et

sous le symbole d'une égalité judiciaire et de « droit » entre les individus ; une symbolique qui peut être loin, très loin, hélas, de la réalité sociale, politique et économique proprement dite.

Encore une fois, la sécurité juridique risque d'être irrémédiablement nulle sans une force policière qui fonctionne honnêtement, adéquatement et professionnellement.

D'où le constat que la sécurité juridique se valorise, hélas, toujours mieux à l'égard de son contraire : par le rejet de l'insécurité juridique lorsqu'elle est ressentie réellement « dans la chair » des justiciables et par le fait que les individus n'accordent leur confiance ni à un système juridique (et judiciaire), ni à ses artisans juridiques, qui ne les respectent pas.

Puisque la confiance se mérite, elle doit être méritée aux yeux des citoyens qui ont leurs raisons de ne jamais accorder aveuglément leur « confiance », et qui savent que rien ne s'obtient uniquement par des discours effectués en public. Faire un « chèque en blanc » au système juridique en place ne témoigne pas d'un acte de confiance, mais uniquement d'un respect (ou d'une crainte) pour l'autorité. Et nous savons tous que « l'autorité » n'est pas toujours un bon argument.

Ajoutons qu'il est impératif de produire de véritables analyses empiriques, sociologiques, culturelles et « juridiques », permettant d'évaluer empiriquement et objectivement dans quels degrés les exigences de « sécurité juridique » ont un sens pour les justiciables d'un pays ! Il convient d'élaborer des analyses scientifiques et impartiales pour savoir si, et à quel niveau, les justiciables d'un pays accordent (ou n'accordent pas) sincèrement leur confiance aux services que le système juridique est censé leur fournir.

Si l'exigence de sécurité juridique ne se résume en aucune façon à la « beauté des mots », il nous faut de telles analyses pour prendre « la température », et surtout, tel un navigateur averti, pour comprendre où nous en sommes « véritablement » et où nous pouvons et voulons nous rendre pour assurer une sécurité juridique à et pour tous.

* Professeur, Faculté de Droit de Université de Laval, Québec ; bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca.

¹ Rosalind Greenstein, « La « sécurité » : exemple d'un concept complexe et d'un terme polysémique au croisement des langues et des disciplines », dans R. Greenstein (dir.), *Langues et cultures : une histoire d'interface*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2006, p 115 – 164. Cf. Rosalind Greenstein, « Dénotation et connotation dans le domaine du droit », dans M. Teresa Cabré, Carme Bach & Jaume Martí (dir.), *Terminología y derecho : complejidad de la comunicación multilingüe*, Institut Universitari de Lingüística Aplicada, Universitat Pompeu Fabra i Documenta Universitària, série Activitats n° 18, Barcelone, 2006, p. 17-67.

² La « sécurité » dépend au fait que la police répond et agit effectivement et adéquatement quand un appel à l'assistance a été formulé par un individu ou une institution. Il s'agit toujours d'un *minimum* quant à la sécurité individuelle, autant que de sécurité « juridique ». Dans plusieurs pays, surtout en Afrique et en Asie, la Police ne répond pas, ne bouge pas, quand la demande est formulée à partir de certains quartiers ou de certaines personnes et groupes / minorités.

³ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 : « Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

- ⁴ Bjarne Melkevik, « Droits de l'Homme », dans Pascal Mbongo, François Hervouët et Carlo Santulli (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, Paris, Berger-Levrault, 2014, p 309 – 314.
- ⁵ Un litmus test est un test / une évaluation de véracité ou de sincérité par recours « à la réalité ». Autrement, un litmus test c'est l'évaluation par « les faits ». Le mot et le test trouvent son origine historique dans le domaine de la chimie. En chimie le *litmus* (c.-à-d. papier tournesol) permettait rapidement de discerner l'acidité / l'alcalinité d'un liquide.
- ⁶ Conseil d'État (France), *Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, coll. Études & Documents no 57, 2006 ; page 226 nomme les rédacteurs du texte, qui a été adopté – reçu officiellement – le 2 février 2006. Cf. aussi le rapport apériteur du Conseil d'État (France), *Rapport public annuel 1991. De la sécurité juridique*, Paris, La Documentation française, coll. Études et documents, no 43, 1991.
- ⁷ Il va sans le dire que le *Rapport public 2006* du Conseil d'État n'a que le statut, parlant *fons iuris*, que d'une opinion « dogmatique » ou « doctrinale ».
- ⁸ Cf. André Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2010, page 827 – 829, notice « principe ».
- ⁹ Conseil d'État (France), idem, page 229. En ce qui concerne ici l'évocation du terme « clandestin », c'est une référence à l'article de Bertrand Mathieu, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin, mais efficient », dans Patrick Fraisseix (dir.), *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchretien, 2000, p 301. Compare avec l'article « ancien » de Moncef Khadir, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *La Revue administrative* (Paris), 1993, volume 46, p 538 s.
- ¹⁰ Conseil d'État (France), idem, page 281. Définition reprise textuellement, en paraphrase, par Thomas Piazzon, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009, no 48, p 63 ; la sécurité juridique est « l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respect les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation. »
- ¹¹ Conseil d'État (France), idem, page 281.
- ¹² Conseil d'État (France), *Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, idem, page 282.
- ¹³ Conseil d'État (France), idem, page 282. Cf. Le Sénat (Français), Les documents de travail du Sénat. *La qualité de la loi*, Paris, éditeur Le Sénat, coll. Série Études Juridiques no 3, 2007.
- ¹⁴ Voir, Pierre Albertini (dir.), *La qualité de la loi. Expériences française et européenne*, Paris, Mare & Martin, Collection : Droit Public, 2016 ; Luzius Mader et Marta Taveres de Almeida (dir.), *Quality of Legislation, Principles and Instruments*, Baden-Baden, Nomos, 2011 ; Luc Wintgens, *Legisprudence. Pratical Reason in Legislation*, Farnham (UK), Ashgate, 2012.
- ¹⁵ Quant à l'intelligence de la loi, le Conseil constitutionnel (français) reconnaît, dans une décision no 99-421 DC du 16 décembre 1999, une valeur constitutionnelle à l'objectif « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Dans sa décision no 2005-530 DC du 29 décembre 2005, le Conseil constitutionnel (français), à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2006, réaffirme ce principe et censure une disposition relative au plafonnement global des avantages fiscaux, en raison de son excessive complexité et qu'aucun motif d'intérêt général ne suffit à justifier.
- ¹⁶ Néologisme. Utiliser dans le domaine philosophique.
- ¹⁷ Nicolas Cuzacq, « La qualité de la loi : un oxymore en droit contemporain ? », *Revue de la Recherche juridique - Droit prospectif*, 2012-1, p. 15-34.
- ¹⁸ Conseil d'État (France), idem, page 282.

- ¹⁹ Bjarne Melkevik, « Droit et démocratie : retour sur l'approche procédurale de Habermas », dans Alexandre Viala (dir.), *Démocratie, mais qu'en disent les juristes. Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Paris, L.G.D.J., collection Grands colloques, 2014, p 185 – 208.
- ²⁰ Hans Petter Graver, *Judges Against Justice. On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, Berlin & Heidelberg, Springer, 2015.
- ²¹ Conseil d'État (France), *Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, *ibid.*, page 282, cf. 289 – 291.
- ²² Conseil d'État (France), *Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, *ibid.*, page 282. La citation renvoie ici à Michel Pinault, « Incertitude et sécurité juridique », *Rapport du Groupe de travail no 1* du séminaire de la Cour de cassation, de l'Institut des hautes études sur la justice, du Centre des hautes études sur l'assurance et de l'École nationale supérieure de sécurité sociale, 22 mars 2005. Notons que le Conseil d'État (France) dans une note située en amont renvoie à Daniel Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », dans *Mélanges Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p 403 – 412.
- ²³ Cf. Philippe Sassier et Dominique Lansoy, *Ubu Loi*, Paris, Fayard, 2008. (Il est certainement superflu de mentionner que le titre fait ici référence à la pièce de théâtre d'Alfred Jarry intitulé « *Ubu roi* » (1896) mettant en scène un despote symbolisant le délire du pouvoir sans restraints et de l'absurdité des manœuvres politiques ne servant aucun objectif clair et commun.)
- ²⁴ Rappelons Montesquieu (c.-à-d. Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, dit Montesquieu), *De l'esprit des lois* (1758), Paris, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008, p 771 (Livre 29, chapitre XVI), « (...) les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires (...) ».
- ²⁵ Rappelons Tacite (c.-à-d. Publius Cornelius Tacitus ; 58 – 120 ap. C), *Annales*, 3, 27, et l'adage « *Corruptissima re publica plurimae leges* » - « Plus l'État se décompose, plus les lois pullulent » ; voir *idem*, « Le peuple, en vue d'assurer sa liberté et d'affermir la concorde, se donna, contre les entreprises des patriciens, de nombreuses garanties. Des décemvirs furent créés, qui, empruntant aux législations étrangères ce qu'elles avaient de meilleur, en formèrent les Douze Tables, dernières lois dont l'équité soit le fondement : car si celles qui suivirent eurent quelquefois pour but de réprimer les crimes, plus souvent aussi, nées de la division entre les ordres, d'une ambition illicite, de l'envie de bannir d'illustres citoyens, ou de quelque motif également condamnable, elles furent l'ouvrage de la violence [...] Ni la guerre italique, ni la guerre civile, qui la suivit de près, n'empêchèrent d'éclore une foule de lois, souvent contradictoires ; jusqu'à ce que L. Sylla, dictateur, après en avoir aboli, changé, ajouté un grand nombre, fit trêve aux nouveautés, mais non pour longtemps ; car les séditieuses propositions de Lépide éclatèrent aussitôt, et la licence ne tarda pas à être rendue aux tribuns d'agiter le peuple au gré de leur caprice. Alors on ne se borna plus à ordonner pour tous ; on statua même contre un seul, et jamais les lois ne furent plus multipliées que lorsque l'État fut le plus corrompu. »
- ²⁶ Voir, Bjarne Melkevik, *Habermas, Légalité et Légitimité*, Québec, Presses de l'Université Laval, Coll. Diké, 2012.
- ²⁷ Conseil d'État (France), *Rapport public 2006. Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, *ibid.*, page 282.
- ²⁸ Conseil d'État (français), *op. cit.*, page 283.
- ²⁹ Conseil d'État (français), *op. cit.*, page 283.
- ³⁰ Abréviation de « *habeas corpus ad subjiciendum et recipiendum* » ; littéralement : « Aie le corps [la personne du prisonnier], [avec toi, en te présentant devant la Cour] afin que son [ton] cas soit examiné » ; ou, simplifier, « sois maître de ton corps ».

- ³¹ Alfred Denning, Lord (i.e. Alfred Thompson "Tom" Denning, Baron Denning), *The Due Process of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, 2007; Tom Bingham, Lord (i.e. Thomas Henry Bingham, Baron Bingham of Cornhill), *The Rule of Law*, London, Penguin, coll. Penguin Law, 2010, 2011.
- ³² *An Act for the better securing the Liberty of the Subject, and for Prevention of Imprisonment beyond the Seas*, 31 Cha. 2. 2
- ³³ Franck Lessay, *Habeas Corpus*, dans Denis Alland et Stéphan Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige Dicos Poche, 2003, p 777 – 779, voir spécifiquement page 779 en ce qui concerne la loi sur habeas corpus de 1779.
- ³⁴ C'est-à-dire : une ordonnance, un ordre judiciaire, un acte judiciaire, un mandat, un mandat sommant une personne d'agir d'une façon précisée, un mandat d'amener, un mandat de libéré, un mandat de comparution, ou équivalent.
- ³⁵ Habeas Corpus Act 1816; c.100 56 Geo 3
- ³⁶ Rappelons la « *Loi des Douze Tables* » (en latin : *Lex Duodecim Tabularum* ou *Duodecim Tabulae*) (451 – 449 av. J.-C.), Table 1, 1 : « Si l'on cite quelqu'un en justice, qu'il y aille. S'il n'y va pas, que l'on appelle des témoins. Seulement ensuite, qu'on le capture. » La même forme de civilité communautaire se trouve dans le droit viking où il était stipulé que tout homme (libre) interpeller de se présenter sur le Tingi (Thing) – à la fois instance de « dire la loi » que d'instance judiciaire – avais à le faire ; voir Auguste Geffroy. *L'Islande avant le christianisme, d'après le Gragas et les Sagas*, Paris, Leroux, 1897 (disponible sur la Toile : <https://archive.org/details/lislandeavantle00geffgoog>)
- ³⁷ Ainsi la *Charte canadienne des droits et de libertés* (1982), article 11 (f), circonscrit le Juge-jury au cas où l'accusé est inculpé d'une infraction pouvant résulter d'un emprisonnement de cinq ans ou plus : « Tout inculpé a le droit : f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave. » Cela a comme conséquence que Magistrat-juge aurons la mainmise en exclusivité sur 99.99 % des cas judiciaires.
- ³⁸ Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, Les Presses universitaires de France, coll. Recherche politique, 1994. Sur Dworkin, voir Christina Chalanouli, *Kant et Dworkin : De l'autonomie individuelle à l'autonomie privée et publique*, Paris, L'Harmattan, coll. Commentaires philosophiques, 2010.
- ³⁹ Évoquons le poème épique d'Homer, *Odyssée*, livre XII, v. 29 – 58 et v. 142 – 200.
- ⁴⁰ Sur l'histoire de l'adage « *audi alteram partem* » et son origine dans les cultures grecques, romaines, juives et chrétiennes, voir John M. Kelly, « Audi Alteram Partem : Note », dans *Natural Law Forum* (Notre Dame Law School), vol 1, no 1, 1964, p 103 – 110.
- ⁴¹ Voir Bjarne Melkevik, l'article « Incrimination », dans Gérard Lopez et Stamatios Tzitzis (dir.), *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p 520 – 523.
- ⁴² Rappelant l'adage romain : *Ait praetor : si non habebunt advocatum, ego dabo*; traduction : « Le préteur dit : à ceux qui n'auront pas d'avocat, j'en donnerai un. » (Dig. 3.1.1.4; Ulpianus 6 ad ed.)
- ⁴³ Cf. Bjarne Melkevik, « Vulnérabilité de la personne et effectivité des droits de l'homme : une question de potentialité ? », dans Élisabeth Paillet et Pascal Richard (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p 167 – 194 ; et Bjarne Melkevik, « Vulnérabilité, droit et autonomie : un essai sur le sujet de droit », dans Arnaud de Raulin (dir.), *Situations d'urgence et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, coll. Économie Plurielle, 2006, p 49-76.
- ⁴⁴ Tels que la règle de « double jeopardy » (litt. « double mise en danger » ; en droit procédurale « *Non bis in idem* » - « non à de poursuit deux fois pour le même délit ») et l'interdiction de l'incrimination et jugement judiciaire deux fois sur les mêmes faits essentiels (compris comme « circonscrit » et n'est pas strictement absolu).

- ⁴⁵ Francis Fukuyama, *La confiance et la puissance*, Paris, Plon, 1997, page 26 « La confiance est l'attente, qui se manifeste au sein d'une communauté, d'un comportement coopératif, honnête, rangé et fondé sur des normes communément partagées, de la part des autres membres de ladite communauté. »
- ⁴⁶ Niklas Luhmann, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris, Economica, collection Études sociologiques, 2006 : page 1 : « La confiance au sens le plus large du terme, c'est-à-dire le fait de se fier à ses propres attentes, constitue une donnée élémentaire de la vie en société. Certes, l'homme a en de nombreuses situations, le choix d'accorder ou non sa confiance à divers égards. Mais, s'il ne faisait pas confiance de manière courante, il n'arriverait même pas à quitter son lit le matin. Une angoisse indéterminée, une répulsion paralysante l'assailliraient. Il ne serait même pas en mesure de formuler une méfiance définie et d'en faire le principe ; à la base de mesures défensives, car cela serait présupposer qu'il accorde sa confiance à d'autres égards. Tout serait alors possible. Nul ne peut supporter une telle confrontation immédiate avec la plus extrême complexité du monde. »
- ⁴⁷ Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Société du nouveau Littré, Le Robert, 1966, voire le mot « confiance ».
- ⁴⁸ Niklas Luhmann, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, op. cit., page 9 : « Un coup d'œil rapide sur le thème de la confiance suffit pour y dévoiler une relation problématique au temps. Celui qui fait confiance anticipe l'avenir. Il agit comme s'il était certain de l'avenir. On pourrait penser qu'il transcende le temps, du moins les différences temporelles. Peut-être est-ce là la raison pour laquelle l'éthique, en vertu d'un préjugé implicite à l'égard du temps, a perçu la confiance comme une attitude par laquelle on cherche à se rendre indépendant du flux temporel et, ainsi, à se rapporter de l'éternité. Mais la représentation du temps qui pouvait être au fondement d'un tel jugement a toujours été insuffisante, tout comme ce jugement lui-même. Le temps ne peut être pensé comme un flux, comme un mouvement, ni comme la mesure du mouvement. Dans le concept de mouvement, le concept de temps est en effet déjà implicitement présupposé. » Cf. Saint-Augustin (c.-à-d. Augustin d'Hippone, ou en latin : Aurelius Augustinus), concernant cette conception du « temps et du mouvement », dans Saint Augustin, *Les Confessions*, Paris, Flammarion, coll. Le monde de la philosophie, 2008, p 306 – 328 (Livre 11, ch. XI – XXVIII). En lisant Niklas Luhmann, nous avons ici (et ailleurs également) le sentiment qu'il s'inspire (même reprend) directement de Saint-Augustin.
- ⁴⁹ Si le proverbe atteste avec justesse qu'habituellement « la confiance rend aveugle », cela témoigne autant la façon dont la confiance s'explique dans une téléologie, à savoir en tant que force mobilisatrice pouvant motiver un individu à accorder une confiance à l'intérieur d'une croyance, d'une espérance, d'une foi en autrui, pour que quelque chose puisse se réaliser avec quelqu'un ou que quelque chose peut se construire avec lui. D'où l'abîme qui s'ouvre pour l'individu lorsque sa confiance n'est pas honorée avec honnêteté ou pire détournée (par quelqu'un ou simplement par une « situation » mal évaluée) à mauvais escient. Un exemple que tout le monde comprendra immédiatement, c'est le séducteur ou le fraudeur qui semé des mots de miel pour obtenir gain de cause, pour manipuler et pour tromper.
- ⁵⁰ Voir, Niklas Luhmann, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, op. cit.
- ⁵¹ Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, idem ; le mot « confiance ».

ARTICOLE

**THE ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE IN ROMANIAN AND HUNGARIAN LAW
OF CIVIL PROCEDURE**

Dr. Judit MOLNÁR*
János SZÉKELY**

Abstract: *In our study we examine and compare the historical roots, subsequent development and currently applicable law of domestic order for payment procedures provided for in the Romanian and Hungarian legal systems. We establish, that in the jurisdictions under scrutiny the developmental features of this procedure differ significantly. While in Hungary it has evolved primarily as a default judgement to be rendered when the defendant fails to lodge an opposition to the claim in a set amount of time, which does not require the examination of the case on its merits and is currently a procedure administered by notaries public, in Romania the court must as a rule proceed to examining the merits of the case, albeit based only on the written instruments administered, even if the defendant lodges no well founded defence. From this basic difference flow deep consequences in the field of automating the order for payment procedure: while in Hungary it is already a mostly automated, electronic procedure, based on forms submitted into an integrated case management system, in Romania the prospects of such automation are limited by two aspects: lack of standardized forms to be used during the procedure and the requirement for the court to examine the merits of the case. However, the standardization implemented for the newly regulated procedure for small claims under the New Code of Civil Procedure, shows that the prospects for a future automated order for payment procedure have improved.*

Keywords: *default judgement, payment injunction Romania, payment order Romania, order for payment Hungary, electronic civil procedure, Hungarian Chamber of Civil Law Notaries*

I. Introductory thoughts

Domestic order for payment procedures (we are not referring here to their European counterpart) are a well-known, and widely applied legal institution in several member states of the European Union.¹ As far as the role of this procedure is concerned, within the scope of the particular civil procedure laws of the member states, a common starting point for their analysis can be identified in the fact, that in numerous court proceedings in member states, the parties go to court not in order to reveal or clarify the merits of the case in dispute, but only so that the claimant may obtain a decision required for enforcing an otherwise undisputed claim.

The purpose is therefore to establish and apply a more efficient and more rapid procedure that exempts the courts from conducting a regular civil law procedure in cases without any dispute on their merits.² The significance of the payment order procedures in member states is that they can offer a quicker, simpler and less expensive tool for settling cases submitted to the court.³ However, the specific details of the regulations applicable in each member state can display significant differences or inconsistencies upon comparison.⁴

In this study, the authors wish to report about the way in which the Romanian and Hungarian payment order procedures are regulated in 2016. During our examination, we focus on two fields: 1° the historical roots these procedures have and how these have determined their current structure; 2° the extent to which conventional procedural elements and modern technological developments are present in the said procedures. Based on the results of the examination conducted on these two issues, the similarities and differences of the ways of regulation of the Romanian and Hungarian procedure can also be elicited.

II. The payment order procedure in Romania

1. Regulation of the procedure in the Romanian law of civil procedure

1.1. Evolution of the institution of decision by default in Romanian civil procedure

As opposed to the Hungarian law of civil procedure (see below), no longstanding tradition can be identified for payment orders under Romanian law. The first Romanian Code of Civil Procedure, which entered into force in 1865,⁵ did provide for decisions by default (articles 148–158) in cases, when a legally summoned party failed to appear in court, or to submit a written statement of defence, when required to do so during procedures without an oral hearing. In such cases, if the defendant was found to be in default, and the claims of the claimant *appeared* to be well founded on their merits, the claimant would be awarded the claim.⁶ The defaulting party could submit an *opposition* against the decision rendered, and could also appeal the decision, if this remedy was provided for by law. In all cases the merits of the opposition were assessed by the court which could either admit or reject it.⁷ This procedure was later amended by the civil procedure reform of 1900.⁸ The new regulations no longer referred to the “apparently” justified nature of the claim, which implied that the court had to verify its justification, not only *prima facie*, but also by analysing the merits of the case.

The next wave of procedural reform did away with the institution of decisions by default altogether.⁹ Amendments to the Code of Civil Procedure enacted in 1948 bound the court to resolve the dispute of the parties, even if the parties themselves showed no interest towards the case. The court could suspend the proceedings, if neither party showed up at a hearing, but only if neither requested that the trial take place in its absence. The default of either party had no procedural significance. In case of unjustified refusal to submit to questioning, or to answer questions, during the administration of evidence by means of judicial interrogation, the party found to be in contempt could be considered as having defaulted, and

therefore having tacitly acknowledged the claim. This sanction was however only rarely applied, as the legal doctrine of the time, based on guidance issued by the former Supreme Tribunal, advised it should be used only judiciously and only after sufficient evidence has been administered to justify such a decision.¹⁰

1.2. The payment injunction

The first procedure resembling the currently applicable payment order was not enacted in Romanian legislation up until the year 2001. Government Ordinance number 5/2001 instituted what was called a *payment injunction (somație de plată)*.¹¹ Regulated outside the scope of civil procedure,¹² this procedure was generally considered to be *non-contentious*¹³ in Romanian legal literature. One early analysis¹⁴ however, still deemed it had a fully contentious character, a position also adopted by the Constitutional Court in one of its early decisions.¹⁵ We are of the opinion, that due to the source of inspiration for this procedure, it is a non-contentious one, even though, debate lingered over whether this is truly the case.¹⁶

The injunction could only be issued in order to render enforceable a *pecuniary claim, in an amount which was already determined, and which was overdue for payment*. The claim had to be *based on a written contract, bylaw, or other written instrument, approved by the signature of the parties*. These written instruments *had to refer to the rendering of services, works, or any other benefit*.¹⁷ Also, the initial form of Government Ordinance 5/2001 provided, that the claims had to be of *a civil or commercial nature*, a restriction later lifted by Act 295/2002.¹⁸ The injunction could be issued by the court which would have had jurisdiction to try the case, in the first instance, if a trial under regular civil procedure would have taken place.

Any documents supporting the claim had to be appended to the application, which was then forwarded in copy, during service of process, to the defendant. The defendant, could (but was not required to) submit a written statement of defence, as well as any written instruments invoked as part of the defence.¹⁹ No sanctions were provided for, in case of refusal or omission to submit such a statement.

The initial form of the ordinance provided as a rule [at article 4 paragraph (1)], that the payment injunction would be issued by the court, after examining the application and the written evidence, but *without summoning the parties*. Process would only be served, according to article 4 paragraph (2) of the ordinance, if the court deemed the presence of the parties to be necessary. The legal text which permitted the court, to decide the case without service of process, was repealed by Government Emergency Ordinance no. 142/2002.²⁰ A later amendment, requiring a summons during the procedure in all cases, was included in Act no. 295/2002. The inconsistency apparent from the inversed timing of the two regulations is the result of an error in the legislative technique²¹ of the Romanian legislator.

If the court deemed the claims to be justified, after examining the application on its merits, based on the written evidence which was administered, and the statements of the parties, it would then issue a payment injunction, which stated the amount to be paid and the date the payment became due.²² However, if the court considered the claim to be partially or entirely unjustified, it would reject the application, either in part or completely.

In this latter case, the claimant had no remedy at its disposal, but only the possibility to seize the court with a new application, this time to be tried based on the rules of regular contentious civil procedure.²³ The defendant, against whom the claim was upheld, could submit a *motion for annulment* of the injunction. This motion, the sole remedy available for the defendant during this procedure, was resolved by a different judge, but one appointed to the same court. The decision handed down with regard to this motion was final. The former defendant, transformed into a debtor by the issuance of the injunction could also challenge the merits of the injunction by submitting a separate motion during the enforcement²⁴ procedure, if no motion of annulment was previously submitted.²⁵

It is very important to note, that a *payment injunction issued by the court, under the above procedure provided no res iudicata effects whatsoever in favour of the claimant.*²⁶

1.3. The payment order

As consequence of Romania's accession to the European Union, the payment injunction was joined, in parallel, by a very similar, new institution. Government Emergency Ordinance no. 119/2007 "regarding measures for combatting the late performance of payment obligations resulting from contracts concluded between professionals"²⁷ was adopted in order to implement the provisions of Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council, of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions.²⁸ This emergency ordinance introduced the so-called *payment order (ordonanță de plată)* into the Romanian legal system.

The scope of the payment order procedure was much narrower than that of the one regulating the payment injunction. It was limited to *pecuniary claims of a commercial nature, when the defendant was not subject to insolvency procedures, and where the extent of the claims was already certain, and which were overdue for payment, but only if they were owed based on contracts concluded between professionals, or a professional and a contracting authority.* The notion of "professional" was not defined by the emergency ordinance, and its definition in Romanian law changed over time.²⁹ However, it should be understood in the meaning attributed to "undertaking" by article 2 list entry no. 1 of Directive 2000/35/EC. The "contracting authority" should be understood in a meaning similar to that attributed at the same article and list entry, to "public authority".

The procedure provided for the issuing of a payment order was, apart from its narrower scope, almost identical, to that established for the payment injunction, with the following major *differences*:

1. The procedure was generally regarded as *contentious*, because its rules made no reference to the provisions of non-contentious civil procedure.³⁰

2. During the payment order procedure, *the submission of a written statement of defence was compulsory.*³¹ Failure to do so would result in barring the defendant from invoking evidence in its favour, and from raising certain types of objections (those only pertaining to the private interest of the party). As a first in post-1948 Romanian civil procedure, failure to submit a written statement could also be considered to be a full recognition of the claims, as uncontested, thereby permitting the court to pass down a decision by default.

3. The *types of evidence admissible* in the payment order procedure were not limited to written instruments, but the maximum duration of the procedure, set at 90 days, could preclude admissibility of certain types of evidence.³²

4. Any opposition lodged by the defendant, by means of a written statement, *would not automatically result in the rejection of the claimant's application*. The court would analyse the defendant's statements on their merits, based only on the evidence administered in the case, and would only reject the application if the defence was considered well founded.³³

5. If the application was at least partially admitted, and a payment ordinance issued, it produced *res iudicata* effects, but only to the extent to which it was admitted, as Government Emergency Ordinance no. 119/2007 contained no exemptions similar to those set forth for payment injunctions, yet stipulated that to the extent to which the application was rejected, the claimant could seize the courts with an application based on the common civil procedure.³⁴

1.4. The payment order in the New Code of Civil Procedure

The Romanian legislator, in 2010 enacted the New Code of Civil Procedure,³⁵ and concomitantly with its entry into force³⁶ repealed both the payment injunction and former payment order procedures, replacing them with a new payment order procedure, organized according to the provisions of articles 1014–1025 of the New Code of Civil Procedure. These provisions constitute an amalgamation of both previous legislative solutions, without almost any completely novel elements when compared to these. The procedure currently in force is a *contentious* one, even though due to the silence of the legislator on this aspect, the old debates have resurfaced.³⁷ Apart from the differences mentioned below the new and previous payment order procedures are quasi-identical.

The scope of the new payment order now includes *all pecuniary claims in a known amount, against defendants not subject to insolvency procedures, and which are due for payment, resulting from any civil contract, including but not limited to, those between professionals, or a professional and a contracting authority, if the claim is ascertained by a written instrument acknowledged by the parties through their signature or other means permitted by law*.

One difference between the new and previous payment order procedure is that the new procedure now requires that the creditor (future claimant) must serve a written notice on the debtor (future defendant) by which the former asks the latter to pay the amount due. The creditor may not apply for a payment order, unless this notice has been previously served.³⁸ Another difference is, that only written evidence is now admissible, apart from the statements of the parties, made during the procedure. Finally, under the current procedure, the court may uphold the claim against the defendant, in case of failure to lodge a written statement of defence, based on “all circumstances of the case”, which means that besides the merits, the court may also take into account any other circumstances,³⁹ including the behaviour of the defendant. This possibility can be interpreted as an encouragement to consider such a failure as a tacit recognition of the claim by the court.⁴⁰

The court must still examine the application on its merits, but only based on the written instruments provided by the claimant (and if a written defence was lodged, by the defendant) and based on the statements of the parties. If the court finds the opposition of the defendant to be well founded, or the claim unfounded even in lack of any opposition, it will reject the application (even if in the latter case, this possibility is not explicitly provided for by the legal text).⁴¹

The court must also reject the application if, in order to examine the merits of the defendant's opposition, the administration of evidence, other than written instruments, is deemed necessary, and the evidence would also be considered admissible according to regular civil procedure.⁴² In case the application is partially or entirely rejected, the claimant may opt to enforce the claim by means provided by civil procedure, as the payment order produces the effects of *res iudicata* only to the extent to which it is admitted.⁴³

The motion for annulment, the sole remedy available to the defendant, as opposed to the original procedure for the issuing of a payment order, can now only be exercised, if the requirements which are necessary for the emission of the payment order are not met,⁴⁴ or if payment has been made subsequent to the issuing of the payment order. As opposed to both the previous payment order procedure, and that provided for the payment injunction, the claimant may also submit a motion for annulment, if the application was completely rejected, or admitted only partially.

2. Conventional and modern elements – results and possibilities

As is evident from the description of the Romanian payment order procedure, this special means of judicial dispute resolution, similarly to regular civil procedure, requires that the merits of the claim be considered every time, before a decision is handed down, unless the defendant fails to submit a written statement of defence. Even if the defendant fails to contest the claim in such a way, a decision by default is by no means assured.⁴⁵ Since in the majority of cases, the court issuing the payment order must analyse the merits of the case in a contentious procedure, if only based on written instruments and the statements of the parties, and such analysis must be preceded by service of process, granting the possibility for verbal as well as written statements, such a procedure does not easily lend itself to automation.

In spite of an increase in the use of information technology tools during the course of the civil procedure in Romania, this use is still limited exclusively to case-flow management.⁴⁶ Since the application, and the written statements of defence used for requesting a payment order, and contesting the request, are not standardised forms (although the former⁴⁷ must contain some compulsory information), and because such standardization constitutes a prerequisite⁴⁸ to the creation of an electronic procedure, Romania is still a long way away from an electronically issued payment order.

Prospects for progress, are, however not as bleak as they would at first seem: another procedure, introduced by the New Code of Civil Procedure might herald some change. The Romanian legislator created an optional domestic small claims procedure, based on the

template established by Regulation (EC) no. 861/2007⁴⁹ of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007. This procedure, established by articles 1026–1033 of the New Code of Civil Procedure, provides for a simplified civil trial in cases where the pecuniary value of the object in dispute does not exceed 10.000 lei (equivalent to approximately 2500 Euros). This simplified procedure calls for the use of forms (article 1029), by both the claimant and the defendant, to outline their claims and statements of defence, as well as by the court. The trial is held *in camera*, with service of process optional, and takes place only if the court deems the presence of the parties necessary. Even though this procedure too calls for the analysis of the claim on its merits, it might more easily lend itself to automation, and provide the basis for an electronic payment order procedure in the future.

III. The payment order procedure in Hungary

1. Regulation of the procedure in the Hungarian civil procedure

The payment order procedure was introduced into the Hungarian civil procedure by Act XIX. of 1893.⁵⁰ The basic elements of the regulation including the setting aside of the usual formalities of court proceedings, the simplification of the procedure and, the all-encompassing tendency for a quick and inexpensive path to justice, without endangering material truth, can be considered unchanged since this procedure was introduced.⁵¹

The procedure can be circumscribed through the following elements: *upon the one-sided application of the claimant, the competent authority calls on the defendant to meet the claim included in the application or lodge an opposition to it, without the assessment of evidence. Failing this, the order for payment becomes final and enforceable, whereas in case of opposition the payment order procedure is transferred to a civil law procedure at court.*⁵²

Regarding its procedural nature, the payment order procedure is a *non-contentious* civil law procedure in Hungary. Its non-contentious nature is demonstrated by the lack of certain guaranteeing principles applicable to the regular civil procedure. Thus, the principles of oral proceedings, direct assessment of evidence, publicity as well as the principle of a contradictory hearing involving both parties are not applied, and no assessment of evidence is conducted during the procedure.⁵³ The defendant has the opportunity of giving a statement only after the payment order has been issued and consequently, the principle of adversarial proceedings is not applied.

In his book published in 1910, Károly TÓTH included the payment order procedure into „cases not being part of a court proceeding” next to “certain cases of default”. The author states that in such cases, there is a court proceeding to be conducted where the defendant fails to appear in court on the first day set forth for the hearing, so the proceeding is concluded with a so-called judgment by default.⁵⁴ Károly TÓTH believed the payment order procedures and the signs of default are similar phenomena. Their common feature is that the debtor/defendant

has a right to lodge an opposition. Consequently, the actual court proceedings begin. Another common feature is that the judge makes a decision without hearing the debtor previously in terms of subjective private rights.⁵⁵

Marcell KOVÁCS believed that the payment order is an anticipated default judgment. Compared to the judgment made during a court proceeding, the only difference is that the default as a base of the judgment is stated by the judge at the hearing before the judgment is passed (the defendant fails to appear at the first hearing). In the payment order procedure, the default depends on facts emerging after the judgment that are beyond the scope of the court's role during the legal proceedings (failing to lodge an opposition). Even so, they can be used for considering the defendant's passive behaviour as an implied waiver of the right to defence.⁵⁶

The rules of procedure were included in the laws of civil procedure among others due to the close connection with the decisions based on default until June 2010.⁵⁷ From June the 1st 2010, the rules of the payment order procedure were included in a separate act.⁵⁸ This fact is closely linked to the rules on jurisdiction to be applied in the procedure. The procedure formerly fell within the jurisdiction of the court between 1893 and May the 31st 2010, whereas from June the 1st 2010 civil law notaries have jurisdiction to resolve such matters.⁵⁹

In the procedure, a payable claim, for paying a sum of money can be enforced. The payable pecuniary claims not exceeding HUF 1,000,000 can be enforced by a payment order or within the scope of other procedures specified by the law, provided that the defendant has a known domicile or place of residence, or a registered office, or other similar place of representation. If the pecuniary claim arises between employer and employee, this threshold does not constitute the only precondition of using such a procedure, as no payment order can be issued if the claim results from the creation, modification or cessation of the title of employment, the breach of such title, or from disciplinary proceedings conducted against the employee.⁶⁰

In most cases, the course of the procedure can be described with the determination used as a definition above: *Upon the unilateral request from the claimant, the civil law notary (notary public), without assessing any evidence, calls the defendant to meet the claim (payment order) included in the application or lodge an opposition. In case of an opposition, the payment order procedure is transferred to an ordinary civil law procedure, in other words an opposition has the effect of automatically transferring the proceedings to a court procedure.* In case of failure to lodge an opposition, the payment order becomes final by the effect of the law, and shall have the same effect as a final court judgment.⁶¹ Having a final payment order, the claimant can then initiate its enforcement and the claim contained in the payment order is considered to have the effects of *res judicata*.⁶² The payment order, issued by a civil law notary, states merely the legal force and confirms the order as a written recognition of the statement in force.⁶³

The question arises whether the Hungarian payment order procedure is effectively capable of, and adequate for settling pecuniary claims on the basis of legality?

In order to answer the question, as a first possible scenario we have to consider the procedure that is transferred to a civil law court as an effect of an opposition, when the legal dispute must be settled on the basis of its merits (its legality), in accordance with the rules of regular civil procedure.

However, in the cases when the payment order issued becomes final as resulting from the failure of the defendant to lodge an opposition, hence it becomes enforceable as a decision with an effect of a judgment after the expiry of the due date for performing the claim, we cannot answer the question affirmatively, concerning legality, as we can assume the defendant's failure to lodge an opposition means that he recognizes the existence of the claim. In most cases, this statement can be justified and the legality of the claim is not rendered therefore dubious. However, in certain cases there are well founded reasons for the failure to lodge an opposition, and a decision failing to meet the requirement of legality may in such cases become final. In Hungarian legislation, remedies are provided for just such cases, even if the decision became final, by which the defendant can still challenge the legality of the payment order and eventually have it overturned (the procedure for justification of tardive lodging of an opposition, revision of the case).⁶⁴

As far as the assessment of the above issue is concerned, we have to emphasize the basic idea which states the purpose of the payment order procedure as being to settle undisputed pecuniary claims through a simplified procedure, out of court.⁶⁵ According to János NÉMETH, in view of considerations concerning expediency and procedural efficiency it is justified to keep this institution even if the features of its default system harbour certain dangers.⁶⁶

According to Tamás TÓVÁRI, the payment order procedure has to find balance between rapidity and simplicity on the one hand and the requirement of enforcing material justice on the other hand by providing that it still remains an attractive alternative in addition to the usual civil law procedure, while reducing the risk to a minimum concerning the fact that unfounded claims become final due to a certain automatism of the said procedure.⁶⁷

2. Conventional and modern elements

2.1. The appearance of electronic elements in the regulation of the Hungarian procedure – historical background

As early as 1975, János NÉMETH proposed the application of IT developments launched in the German Federal Republic to the Hungarian procedure. The fact that the Hungarian procedure also used forms, which constitute one of the cornerstones of electronic data processing, had a crucial role in this regard.⁶⁸

Still, one had to wait for a long time to see this solution implemented, as the basics for the launch of the electronic payment order procedure were established only by Act XXX. of 2008. To ensure that the essence of the payment order procedure does not change during the electronic procedure,⁶⁹ three cardinal rules were included in Chapter XIX. of the Civil Procedure Code⁷⁰ that state as follows:

- The possibility of an electronic application and electronic administration is ensured in the payment order procedure: the application for issuing a payment order can be submitted electronically on the form specified by decree of the Minister of Justice, and in such a case, the court acts by use of an IT tool based on computerised data processing.⁷¹

- During an electronic procedure, payment orders shall be issued within three days⁷²;
- The courts act nationwide by use of a unified computer system.⁷³

In April 2009 another amendment proposal was made to the payment order procedure,⁷⁴ on the basis of which the Parliament adopted Act L. of 2009 on the payment order procedure (hereinafter: "Fmhtv." according to the Hungarian abbreviation) that includes the rules of the currently active electronic procedure.

2.2. Technical background of the electronic payment order procedure: the system of the Hungarian National Chamber of Civil Law Notaries

IT applications play a significant part during electronic procedures. The name of the Hungarian system is: „*The MOKK System*” that can be defined as follows: “It is the national uniform IT system of the Hungarian National Chamber of Civil Law Notaries for the technical support of payment order procedures regulated by the Fmhtv. available via the Internet to civil law notaries, the parties and other persons involved in the procedure, and other users”.⁷⁵

The MOKK System is a network which functions on a permanent basis, that provides a unified solution compared to the rules for communicating and conferring with the parties established for the courts and other authorities. This system is available on (and via) the Internet from anywhere, and it works without any limitation to workdays, or to business hours within any given day. Claimants can access it at any time, even at night. It is a solution which provides for 24 hour service.⁷⁶

2.3. Procedural law basics for the functioning of the electronic payment order procedure

As stated above, the essential elements of the payment order procedure are not altered in the electronic procedure. Such an electronic solution, however, required procedural law amendments especially under two aspects.

One of these concerned the notaries’ room for manoeuvre during the examination of the applications. Based on the respective German laws, the examination of the applications in terms of merits and justification was excluded, thus removing the main obstacle to the implementation of the electronic procedure, which used to be the possibility of assessment (and modification) of the claim by the authority empowered with issuing an order for payment. In the Hungarian electronic procedure, the order cannot be issued with any content, other than the one requested in the application.⁷⁷

The second aspect appears at the output side of the procedure. Part of the MOKK System is a central printing office where the issued orders are printed, put into envelopes and mailed.⁷⁸ Based on the practice in Austria, in Hungary a single central printing office is used⁷⁹ and the issued order appears thus physically far away from the notary with jurisdiction to issue the order for payment. To preserve the nature of a public document, some allowance had to be made: the orders are considered to be authentic public documents without the notary’s signature.⁸⁰

2.4. The course of the procedure – conventional elements and "e-points"

2.4.1. Applications

During the payment order procedure, there are oral and written (paper based and electronic) means for submitting applications available.⁸¹

A claimant has direct access to the computerised system only when he or she submits his or her application electronically.

A party represented by an attorney or which is a legal entity, a branch of a foreign company, or a one-person company (a self-employed entrepreneur) can submit its application only electronically.⁸² For other persons electronic submission of an application is also a possibility, but is not compulsory.

In accordance with the original idea of the legislative, and MOKK, and on the basis of the provisions of Act L. of 2009 which entered into force on the 1st of June 2010, natural persons would have also had the possibility of submitting their application via the so-called electronic portal.⁸³ The respective rules of the payment order procedure were however amended by Act LIX. of 2010 in this respect, and the possibility of submitting an application via the electronic portal was repealed as of the 29th of June 2010.⁸⁴

As a general rule, natural persons have the possibility of submitting a paper based (written) application or they may apply to the notary with jurisdiction by requesting initiation of the procedure orally. In addition, the possibility of submitting an application electronically is also valid with the above mentioned terms and conditions for the above mentioned persons as follows: an application shall be submitted on a form bearing an electronic signature and qualified time-stamp.⁸⁵ The claimant submitting such an application receives a confirmation automatically and electronically through the MOKK System.

As a consequence of this electronic element the application is to be submitted in one copy only, and with very few exceptions, appendices cannot be attached to it.⁸⁶

2.4.2. The "path" of applications to the competent notary

A new element was included in Fmhtv. which exceptionally, for the case of payment orders, separates territorial jurisdiction from that of the notaries' registered office, and extends it to the whole territory of Hungary.⁸⁷ The explanation for this regulation is that the purpose of the national legislature and the Chamber of Civil Law Notaries was to provide a more equitable distribution of caseloads among notaries.

The applications for payment orders submitted electronically are directly received in the MOKK System where cases are distributed to notaries by an automated process without any human intervention. The cases received are allocated one by one on the basis of the sequence number of the notaries' registered offices. To this automated system, exemption is the only exception.⁸⁸ Notaries receive the applications according to the number sequence of their registered office codes. The applications are allocated a few minutes after they are received.

In the case of the paper based and oral applications, the notary, to whom the application was submitted or presented, acts. As a general rule, the electronic allocation of cases is not to be applied to these situations. It is important, however, that no notary be subjected to any pressure due to a disproportionate caseload, and for this reason notaries are obliged to constantly track the number of paper based and oral applications. If a notary receives more than 20 applications sent in a conventional way within one week, such a notary can notify the chairman (deputy chairman) of the MOKK of this situation.⁸⁹ The notary in question may then apply to the MOKK for help, for reducing this caseload. The “surplus applications” in such situations are forwarded into the electronic case distribution system and they are allocated to another notary with jurisdiction, after which the administration time starts to flow.

2.4.3. Procedure before the notary

It is obvious how important a part the electronic system is in this procedure as it is the claimant who uploads his/her application into the system and thus, the application is not made in any other form. As far as paper based and oral applications are concerned, an intermediate activity is needed for using the electronic system: the content of the paper based and oral applications is entered by the notary into the electronic system.

The entirely electronic procedural element of the Hungarian payment order procedure is the notary’s action based on an application as this is registered in the electronic system of MOKK irrespectively of the way the application was submitted. The notary makes his decisions and produces his other documents through the MOKK System.

As a general rule, the decisions – among others, the payment order itself – issued by the notary do not appear in a paper form in the office of the competent notary as they are printed via a computer command in the computer centre of MOKK. Also, they are prepared for mailing (put into envelopes) then they are mailed from there.⁹⁰

2.4.4. Delivery

Currently, electronic delivery is only available to the claimant who submitted his/her application electronically during the payment order procedure.⁹¹ The recipient can access the documents via the user interface relating to the case and at the same time, a notification is also sent by the MOKK System to the electronic mailing address indicated by the recipient. The recipient can receive the documents by a receipt bearing a qualified digital signature and time stamp. The documents are considered to be delivered at the date indicated in the receipt. Even for the claimants involved in the electronic communication, the above mentioned way of communication is not an exclusive one. If the recipient fails to receive the documents within fifteen calendar days after they have been made accessible, these shall be delivered to the recipient as a paper based “hard copy”.⁹²

On the other hand, the payment order issued as a paper based document shall be delivered to defendants by mail (or by an executor, upon a special request).⁹³

2.4.5. Opposition

An opposition can be lodged by the defendant to any notary. In the Hungarian payment order procedure, there are different rules in force concerning the form of opposition for cases with or without the participation of an attorney.

A defendant with an attorney or a legal entity as well as an enterprise can lodge an opposition only electronically, and for this a standard form is made available.⁹⁴ From the 15th of March 2012, the sanction for submitting an opposition in any other way in such cases is provided: the notary rejects the opposition not lodged electronically by a defendant with an attorney or an enterprise or any legal entity.⁹⁵

As far as defendants without an attorney are concerned, there is no restriction or any formalities in this regard, as an opposition can be lodged orally or as a paper based document, or even electronically, if technical conditions are met.

2.4.6. Ordering execution on the basis of a payment order in force

If a defendant fails to lodge an opposition, the payment order in question becomes valid by the effect of law. The notary adds a clause of confirmation to the payment order and then he arranges for the delivery to the claimant.⁹⁶

The application for enforcement as well as the application for a request of security shall be submitted on a form intended for this purpose as a paper based document or electronically to the competent notary.⁹⁷ As a formal requirement, any oral application is excluded. In addition, such an application shall be submitted in accordance with the compulsory rules of electronic application to be applied to a party represented by an attorney, or to a legal entity.

The sheet of enforcement (the enforcement codicil) is issued by the competent notary through the MOKK System as an electronic public document and it is forwarded to a judicial officer in one copy electronically through the electronic system of MOKK and to the Hungarian Chamber of Judicial Officers (bailiffs). Based on the electronic public document, the judicial officer makes a paper based authentic document copy.⁹⁸

2.4.7. First contact between the competent notary and the competent court in case of a legal proceeding

If a defendant lodged an opposition to the payment order within the set time limit, the procedure is transferred to a civil law procedure on the basis of the opposition.⁹⁹

The notary with jurisdiction notifies the claimant about the opposition and the transfer to an ordinary civil law procedure informing him or her that he or she has an obligation of preparing a civil law procedure (payment of court fees, presentation of facts and evidence at court). If a claimant applied by electronic communication for the payment order procedure, he or she must also use an electronic way of communication towards the competent civil law court within the scope of preparing the civil law procedure. If a claimant does not submit an application electronically, it is considered as the claimant's default with the legal consequence of cancelling the civil law procedure.¹⁰⁰

The competent notary is also obliged to notify the court which is competent to conduct the civil law procedure and has jurisdiction after the receipt of the opposition. In such a case, he or she forwards to the court a printed copy of the documents issued in the payment order procedure and entered into the system of MOKK (printed “hard” copy) for registration.

This printed document includes the content of the casefile concerning the payment order procedure as well as the name, registered office and stamp of the notary. If the court provides the relevant technical conditions, the document in printed form can also be forwarded to the court electronically.¹⁰¹

Conclusions

The electronic elements in the Hungarian payment order procedure promote the efficacy and cost-efficiency of the procedure. Based on the solution adopted in Austria, the procedure is conducted by a civil law notary. The electronic background serves as a technical element promoting the notary’s work.¹⁰²

An obvious impact of cost-efficiency appears explicitly concerning electronic deliveries. A notary could namely notify the claimant electronically about the legal force of a payment order issued and mailed as a paper-based document, based on an application received electronically, which became valid due to the defendant’s failure to lodge an opposition. The procedure resulted thus in a single mailing and in the costs thereof only.

The electronic regulation of the procedure can be considered as a fixed one from the 1st of June 2010. There can be a proposal of improvement regarding the electronic applications to be submitted by natural persons only. Submission of applications should be provided for natural persons without an electronic signature card, via the electronic portal intended for this purpose in accordance with the original ideas.¹⁰³ With this opportunity, the advantages of an electronic application can be provided to all the claimants (natural persons, legal entities or claimants represented by a lawyer).

This solution however is deeply rooted in the Hungarian legal tradition of decisions by default, a tradition which endures more or less unbroken since the first modern codification of Hungarian civil procedure. Even though such an institution existed traditionally under Romanian law, due to historical reasons it had a much less continuous path to the present. Also, due to the requirement that the claim be subjected to judicial scrutiny even in event of a default by the defendant, the Romanian solution for the payment order is much less suited to transformation into an electronic procedure. A further impediment, one that can be qualified perhaps as insurmountable is the position expressed in Decision no. 895/17.12.2015.¹⁰⁴ of the Romanian Constitutional Court, which can be interpreted as barring in principle any other entity than a court from directly issuing decisions subject to enforcement with a *res iudicata* effect. Therefore, also due to the lack of both the legal and the technical infrastructure necessary, it is doubtful that the Romanian legal system could adopt the Hungarian model of electronic procedure for the issuing of a payment order wholesale.

A domestic alternative to the Hungarian model of the electronic payment order procedure is however conceivable in the Romanian legal system, stemming from the simplified procedure set forth for disputes with a pecuniary value not in excess of approximately 2.500 Euros. This procedure shows us that the first prerequisite of electronic procedures, the use of standardized forms, is already in existence, and only the technical infrastructure is necessary in order to transform it into a truly electronic procedure. There remains the problem of judicial fact-finding: the judge must still solve the dispute at hand based on the evidence administered. By disposing of this judicial requirement, in cases of default on behalf of the defendant, a simplified electronic payment order procedure could be achieved. The Romanian legislator showed a propensity towards the use of electronic means of case management, a tendency that could, with time, extend to the payment order procedure, as well as by use of the latter as an early conduit, and proof of principle (an example evident from Hungarian civil procedure) for other procedures as well.

* Assistant Professor, Department of Civil Procedure, University of Debrecen Faculty of Law. Debrecen, Hungary; dr.molnar.judit@gmail.com.

** Attorney at law. Member of the Satu Mare Bar Association (Romania). Ph.D. Student, University of Debrecen, Géza Marton Doctoral School of Legal Studies; szekely_janos@yahoo.com.

¹ From a total number of 28 member states, a domestic payment order procedure is in place in 24. In Denmark, the United Kingdom, Ireland, and Cyprus no such domestic procedure is provided for. See: MOLNÁR, Judit: Fizetési meghagyásos eljárások az Európai Unióban – értékhatár alkalmazás és igénybevétel szempontjából. (In course of publication, place of accepted publication, Európai Jog, 2016). RECHBERGER, Walter H. – KODEK, Georg E.: Das Mahnverfahren in den Mitgliedstaaten der EU – Generalbericht. In: RECHBERGER, Walter H. – KODEK, Georg E. (eds.): Orders for payment in the European Union. Civil Procedure in Europe 4. Kluwer Law International 2001. p. 7.

² See: RECHBERGER – KODEK (2001) pp. 9–10. A similar position is expressed by HARSÁGI, Viktória: A fizetési meghagyásos eljárások hasonlóságai és különbségei Európában. Jogtudományi Közlöny, 2012/1. p. 2.

³ A similar position is expressed by: GÁSPÁRDY, László: A fizetési meghagyásos eljárás. Polgári nemperes eljárások. Novotni Kiadó Miskolc 2001. p. 125. KENGYEL, Miklós: Magyar Polgári Eljárásjog. Osiris Kiadó Budapest 2008. p. 459.

⁴ RECHBERGER – KODEK (2001) p. 1. HARSÁGI (2012) p. 2.

⁵ Published in the official journal of Romania (Monitorul Oficial) no. 200/11.09.1865.

⁶ See: article 150 of the initial text of the Romanian Code of Civil Procedure.

⁷ See: article 157 of the initial text of the Romanian Code of Civil Procedure.

⁸ The reform took place by means of Decree no. 1228 from the 15th of May 1900, published in the official journal of Romania no. 281/15.03.1900.

⁹ The Romanian Code of Civil Procedure was republished after substantial amendments, in the official journal of Romania no. 45/24.02.1948.

¹⁰ See: STOENESCU, Ilie – ZILBERSTEIN, Savelly: Drept procesual civil. Teoria generală. Editura didactică și pedagogică București 1977. p. 394. This perspective was maintained according to later legal doctrine as well. See: DELEANU, Ion (2005a): Tratat de procedură civilă, vol. I. Editura All Beck București 2005. p. 682.

¹¹ Published in the official journal of Romania no. 422/30.07.2011.

- ¹² The intention of the legislator, at first, was to extend the rules of civil procedure to the payment injunction (as resulting from article 11 of the initial Ordinance), granting it a contentious nature (see: note 13).
- ¹³ Different authors' positions diverge on the existence and extent of this contentious character, due to certain inconsistencies by the legislator. Act no. 295/2002 published in the official journal of Romania no. 380/05.06.2002, which approved Government Ordinance no. 5/2001, repealed the original text of article 11 of the ordinance, which initially extended the applicability of *contentious* civil procedure rules to the payment injunction procedure. In their place it introduced a new article 11¹ which extended the non-contentious procedural rules to it instead.
- ¹⁴ NICOLAE, Șerban: Procedura somației de plată, în lumina Ordonanței de Guvern nr. 5/2001 și a modificărilor aduse acesteia prin Legea nr. 295/2002. Dreptul, 2002/9. p. 10.
- ¹⁵ Decision no. 109/2003 of the Romanian Constitutional Court, published in the official journal of Romania no. 247/10.04.2003.
- ¹⁶ See: DELEANU, Ion (2005b): Tratat de procedură civilă, vol. II. Editura All Beck București 2005. p. 348, note 3.
- ¹⁷ Article 1 paragraph (1) of Government Ordinance no. 5/2001. Therefore, the payment injunction could not be used when the claim arose from contracts, which justified a payment not related to works, services, or the rendering of other benefits.
- ¹⁸ See note 13.
- ¹⁹ Article 4 paragraph (4) of Government Ordinance no. 5/2001.
- ²⁰ Published in the official journal of Romania no. 804/05.11.2002.
- ²¹ See: DELEANU (2005b) p. 348, note no. 1.
- ²² Article 6 paragraphs (1)–(2) of Government Ordinance no. 5/2001.
- ²³ Article 7 of Government Ordinance no. 5/2001.
- ²⁴ For details see: CĂLINESCU, Irina O.: Posibilitatea de a invoca apărări de fond pe calea contestației la executare exercitată împotriva unui titlu executoriu reprezentat de o somație de plată. Revista Română de Executare Silită, 2013/3. pp. 17–23.
- ²⁵ Articles 8 and 10 of Government Ordinance no. 5/2001. Therefore, if such an injunction had been issued based on e. g. a contract, the debtor could still challenge the validity of contract itself, or the amount due. If the challenge was successful, any payment made according to the injunction would be considered retroactively, as having been undue.
- ²⁶ Article 11¹ paragraph (1) of Government Ordinance no. 5/2001.
- ²⁷ Published in the official journal of Romania no. 738/31.10.2007.
- ²⁸ Published in the Official Journal no. L 200, 8.8.2000, pp. 35–38. This directive was later repealed, and replaced by Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions published in the Official Journal no. L 48, 23.2.2011. pp. 1–10.
- ²⁹ The notion of “professional” was at the time defined in Romanian law by article 2 paragraph (2) of Act no. 193/2000 regarding abusive clauses in contracts concluded between professionals and consumers as: “any natural or authorised legal person, who, on the basis of any contract to which this law is applicable, acts in the course of its commercial, industrial, production, artisanal or liberal activity, as well as any person who acts in the same capacity on its behalf”. Later the notion was redefined by article 3 paragraphs (2)–(3) of the Romanian Civil Code (Act no. 287/2009, republished in official journal of Romania no. 505/15.07.2011.) as any person who engages in “the systematic exercise (...) of an organized activity of production, management or sale of goods, or the rendering of services, regardless if it is done with or without the goal to make a profit”.

- ³⁰ TEOHARI, Delia N.: Recuperarea creanțelor prin intermediul procedurilor somației și ordonanței de plată. Analiză comparativă a regulilor procedurale. *Curierul Judiciar*, 2010/4. p. 203.
- ³¹ See article 7 paragraph (4) of Government Emergency Ordinance no. 119/2007.
- ³² TEOHARI (2010) p. 206.
- ³³ See article 9 of Government Emergency Ordinance no. 119/2007.
- ³⁴ See article 9 paragraph (3) and article 11 of Government Emergency Ordinance no. 119/2007.
- ³⁵ Act no. 134/2010, re-published in the official journal of Romania no. 247/10.04.2015.
- ³⁶ Act no. 76/2012, published in the official journal of Romania no. 365/30.05.2012.
- ³⁷ LUDUȘAN, Florin: Recuperarea creanțelor prin procedura specială a ordonanței de plată conform Noului Cod de procedură civilă. *Dreptul*, 2016/1. pp. 70–71.
- ³⁸ See articles 1015 and 1017 paragraph (2) of the Romanian (New) Code of Civil Procedure. See also: LUDUȘAN (2016) pp. 77–78.
- ³⁹ Article 22 paragraph (7) of the Romanian Code of Civil Procedure permits the court, in situations when it may consider “all circumstances of the case”, to take into consideration any circumstances it deems appropriate, including principles of law, equity, and good faith of the parties.
- ⁴⁰ LUDUȘAN (2016) p. 79.
- ⁴¹ See: BOROI, Gabriel (ed.): *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*, Vol. II. Editura Hamangiu București 2013. p. 617.
- ⁴² See article 1021 of the Romanian (New) Code of Civil Procedure.
- ⁴³ See: BOROI (2013) p. 618.
- ⁴⁴ See article 1024 paragraph (1) and (3) of the Romanian (New) Code of Civil Procedure.
- ⁴⁵ See: BOROI (2013) pp. 614–615.
- ⁴⁶ See: PANTILIMON, Rikárd-Árpád: Enforcement of a Claim with the Support of the New Information Technology in the European Union, Romanian Case Study. In: KENGYEL, Miklós – NEMESSÁNYI, Zoltán (eds.): *Electronic Technology and Civil Procedure. New Path to Justice from Around the World*. Springer 2012. pp. 221–230. It must be noted that, in spite of the fact that the information contained in the study is dated, reflecting the state of affairs as of 2010, no major improvements occurred in the application of information technology to Romanian civil procedure since that date.
- ⁴⁷ Article 1017 paragraph (1) of the Romanian New Code of Civil Procedure.
- ⁴⁸ See: CALMÔN, Petronio: The future of the traditional civil procedure. In: KENGYEL, Miklós – NEMESSÁNYI, Zoltán (eds.): *Electronic Technology and Civil Procedure. New Path to Justice from Around the World*. Springer 2012. p. 83.
- ⁴⁹ Published in the Official Journal L 199, 31.7.2007. p. 1–22.
- ⁵⁰ 1893. évi XIX. tc. a fizetési meghagyásokról [Act no. XIX. from the year 1893 regarding orders for payment] 1. §
- ⁵¹ KENGYEL (2008) p. 467.
- ⁵² TÓTH, Károly: *Polgári törvénykezési jog. Alapismeretek*, vol. II. “Törvénykezés államhatalommal”. Budapest Hegedűs és Sándor Könyvkiadóhivatala 1910. pp. 460–466. KENGYEL (2008) p. 467. GÁSPÁRDY, László (2001) p. 125.
- ⁵³ NÉMETH, János – KISS, Daisy (eds.): *A polgári perrendtartás magyarázata*. 2. átdolgozott kiadás. Complex Budapest 2007. p. 1848. The principles of the permission to use one’s native language, the solution of the case in a reasonable time, and that of access to legal aid are however applied.
- ⁵⁴ TÓTH (1910) p. 462.
- ⁵⁵ TÓTH (1910) p. 466.

- ⁵⁶ KOVÁCS, Marcell: A polgári perrendtartás magyarázata, Második kiadás, nyolcadik füzet Budapest, 1929. p. 1225. TÓTH, Károly is of a similar opinion, who, in his treatise published in 1910 placed the procedure in the category of non-contentious proceedings, along with some cases of contempt of court. TÓTH (1910) p. 461.
- ⁵⁷ Act no. I. from the year 1911. regarding civil procedure, Title 8. (588–605. §). Act no. III from the year 1952. regarding civil procedure, Chapter XI. (313–323. §). See also: KENGYEL (2008) p. 467. NÉMETH – KISS (2007) p. 1847.
- ⁵⁸ Act no. L. from the year 2009. regarding the payment order procedure (hereinafter: Fmhtv.)
- ⁵⁹ Fmhtv. §1 paragraph (1).
- ⁶⁰ Fmhtv. § 3.
- ⁶¹ Fmhtv. § 36. paragraph (1); The date at which the payment order becomes final is the first day following the date at which the time-limit for submitting an opposition elapsed. SZÉCSÉNYI-NAGY, Kristóf: A fizetési meghagyásos eljárás. In: VARGA István (ed.): A polgári nemperes eljárások joga, 2. átdolgozott kiadás. ELTE Eötvös Kiadó Budapest 2013. p. 839.
- ⁶² See: SZABÓ, Imre (ed.): A polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény magyarázata, vol. III. Magyar Hivatalos Közlönykiadó Budapest 2006. p. 1319. NÉMETH – KISS (2007) p. 207. SZÉCSÉNYI-NAGY (2013) p. 839. Reasons for the Fmhtv. § 36.
- ⁶³ SZABÓ (2006) p. 1320. Fmhtv. § 36. paragraph (2).
- ⁶⁴ NÉMETH – KISS (2007) p. 1849. NÉMETH János – KISS Daisy (eds.): A bírósági nemperes eljárások magyarázata, Vol. I. KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Kiadó Kft. Budapest 2002 p. 167.
- ⁶⁵ Fmhtv. § 1. paragraph (1).
- ⁶⁶ NÉMETH – KISS (2007) p. 1849. NÉMETH – KISS (2002) p. 168.
- ⁶⁷ TÓVÁRI, Tamás: Fizetési meghagyásos eljárásunk néhány kérdése a német ZPO tükrében. Studia Collegii Bibó 2001. p. 296.
- ⁶⁸ NÉMETH, János: Fizetési meghagyásos eljárás. In: SZILBEREKY, Jenő – NÉVAI, László (eds.): A polgári perrendtartás magyarázata, Vol. II. Budapest, 1976. p. 1477.
- ⁶⁹ KENGYEL (2008) p. 527.
- ⁷⁰ Act no. XXX. of 2008. § 63. paragraph (7).
- ⁷¹ § 315. paragraph (4) of the Code of Civil Procedure in force until the 31st of May 2010.
- ⁷² § 317. paragraph (2) of the Code of Civil Procedure in force until the 31st of May 2010.
- ⁷³ § 314. paragraphs (2) and (3) of the Code of Civil Procedure in force until the 31st of May 2010.
- ⁷⁴ Legislative proposal (bill) no. T/9400. regarding the payment order procedure, Budapest, April 2009.
- ⁷⁵ Joint Ordinance no. 21/2010. (V. 6.) of the Ministry of Justice and Public Order and the Minister in Charge of the Office of the Prime Minister § 1. paragraph (1).
- ⁷⁶ MOLNÁR, Judit – NYILAS, Anna: A fizetési meghagyásos eljárásról szóló 2009. évi L. törvény kommentárja. Opten Informatikai Kft. Budapest 2015. p. 165.
- ⁷⁷ Fmhtv. § 26. paragraph (5).
- ⁷⁸ Act no. L. of 2009. reasons for § 56–58.
- ⁷⁹ See also: SZÉCSÉNYI-NAGY, Kristóf: Az automatizált fizetési meghagyásos eljárás Németországban és Ausztriában. Notarius Hungaricus, 2009/3. pp. 16–19.
- ⁸⁰ Fmhtv. § 18. paragraphs (4)–(5)
- ⁸¹ Fmhtv. § 11–14.
- ⁸² Fmhtv. § 11. paragraph (3).
- ⁸³ Fmhtv. § 11. paragraph (1) list entry b).
- ⁸⁴ Act no. LIX. of 2010. § 3. paragraph (10).
- ⁸⁵ Fmhtv. § 11. paragraph (1) list entry a).

⁸⁶ See: Fmhtv. § 10. paragraphs (3) and (4).

⁸⁷ Fmhtv. § 8.

⁸⁸ See: MOLNÁR, Judit: A magyar fizetési meghagyásos eljárás az európai megoldások tükrében. Közjegyzői Akadémia Kiadó Budapest 2014. pp. 163–166.

⁸⁹ Ordinance no. 23/2010. (V. 7.) of the Ministry of Justice and Public Order § 10.

⁹⁰ Fmhtv. § 56. paragraph (5).

⁹¹ Fmhtv. § 16. paragraph (5).

⁹² Fmhtv. § 16/A.

⁹³ Fmhtv. § 16. paragraphs (1) and (3).

⁹⁴ Fmhtv. § 11. paragraph (3).

⁹⁵ Fmhtv. § 36. paragraph (5) list entry c).

⁹⁶ Fmhtv. § 36. paragraphs (1)–(2).

⁹⁷ Fmhtv. § 52. paragraph (1).

⁹⁸ Fmhtv. § 53. paragraph (1).

⁹⁹ Fmhtv. § 37. paragraph (1).

¹⁰⁰ Fmhtv. § 37. paragraph (4a).

¹⁰¹ Fmhtv. § 38. paragraphs (1) and (4).

¹⁰² MOLNÁR (2014) pp. 223–228.

¹⁰³ See also: heading 2.4.1. above.

¹⁰⁴ Published in the official journal of Romania no. 84/04.02.2016.

ARTICOLE

**CIVIL-LAW ANTECEDENTS OF THE REGULATION OF POLYGYNY
IN SOUTH AFRICAN LAW**

Gardiol van NIEKERK*

Abstract: *In South Africa, the preference for monogamy is founded on the South African legal system's civil-law tradition. Attitudes that potentially polygynous African customary and Muslim marriages were contra bonos mores and uncivilised should not merely be ascribed to colonial policies and political ideology, often based on Christian doctrine. The rejection of polygyny in Roman society was continued in Roman-Dutch law and reflected in the comments of the Roman-Dutch institutional writers. In this article I trace the historical antecedents of the rejection of polygyny in the civil-law foundations of South African law.*

Keywords: *Monogamy; polygamy; polygyny; polyandry; bigamy; praecepta iuris; honeste vivere; chastity; boni mores; equality of spouses; Roman law; Roman-Dutch law; African customary marriage; Muslim marriage.*

1. Introduction

In 1996, the South African Law Reform Commission identified the potentially polygynous nature of the African customary marriage as one of the crucial issues that had to be addressed in harmonising the South African common law (essentially Roman-Dutch law)¹ and African customary law of marriage. Central to this issue, was the fact that polygyny was perceived to be irreconcilable with the constitutional commitment to gender equality. Against the background of its colonial heritage, it should not surprise that South African law had always given preference to the so-called civil or Christian marriage “on the understanding that only a ‘voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others’ is a true marriage”².

Historically, African marriages were measured primarily not against the yardstick of gender equality,³ but that of Christian values and the prevailing *boni mores*. On account of their polygynous nature and the institution of bridewealth or dowry (similar to the *dos* in Roman law), these marriages were found not worthy of official recognition. The upshot of this policy was that over the years “almost the entire Native population” had been “basterdised”.⁴ The Law Reform Commission’s investigation in the 1990’s eventually resulted in the legislative recognition of polygynous African customary marriages. Unfortunately, though, today almost two decades later, Muslim marriages, which are also potentially polygynous, have not yet been

afforded such blanket recognition.⁵ For many years the South African Court of Appeal's decision in *Ismail v. Ismail*⁶ ruled the roost for Muslim marriages. In this case it was held that such marriages were *contra bonos mores* and therefore void. In addition, the Court explicitly referred to the equality of the spouses as a reason for not recognising potentially polygynous Muslim marriages, stating that "in view of the growing trend in favour of the recognition of complete equality between marriage partners, the recognition of polygamous unions ... may even be regarded as a retrograde step". In 2003, though, the South African Law Reform Commission published a report on the recognition of Islamic marriages, including a draft Bill.⁷ This Bill, which has yet to be passed into law, recognises polygynous Muslim marriages subject to certain conditions.

Polygyny is clearly irreconcilable with the ideals of equality entrenched in the international instruments such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) and the Universal Declaration of Human Rights, including the Protocol on the Rights of Women in Africa and the International Covenant on Civil and Political Rights. Significantly, African customary marriages have been afforded legislative recognition only because the institution of polygyny is believed to be "so deeply rooted in the African consciousness that it would be impossible to enforce any prohibition". The attempt in the Recognition of Customary Marriages Act⁸ to address the dichotomy of entrenching the inequality of husband and wife by the legislative recognition of polygyny on the one hand, and on the other hand, of protecting women's rights of dignity and equality in customary marriages, in line with the South African Constitution⁹ and South Africa's international treaty obligations, has not been successful. South African judicial decisions bear out the fact that despite its official recognition, the status of polygynous African customary marriages remains uncertain. There are still numerous issues that cloud these marriages and that have led the courts to declare subsequent polygynous marriages void, with dire consequences for one of the wives and immense suffering for any children.¹⁰

Historically, colonial policies and political ideology have largely informed the attitude in South Africa that African customary law and especially institutions of polygyny and the custom of bridewealth were uncivilised. But the predilection for monogamy is in truth founded on the South African legal system's civil-law tradition and may be traced back to Roman and Roman-Dutch law. The rejection of polygyny in Roman society was continued in Roman-Dutch law and the abhorrence with which the institution was held is clearly reflected in the comments of Roman-Dutch institutional writers. In this article I will trace the historical antecedents of the rejection of polygamy in the civil-law foundation of South African law.

2. Roman law

2.1 Polygamy in Roman society

In Roman society, marriage evolved under the influence of Christianity from a private family affair to a religious and juridical institution in the post-classical era.¹¹ Nevertheless, even in classical law there were various restrictions relating to age, fitness, and capacity that applied to the persons who wanted to marry each other. A perusal of the texts of the classical jurists as they appear in the Digest, show that Ulpian's foundational principle of *honeste vivere* played a

significant role in the development of the Roman law of marriage.¹² This principle impacted specifically on the regulation of the choice of marriage partners.¹³ The lawful Roman marriage (*iustum matrimonium*) was described by Modestinus in D. 23.2.1 as “the union of a man and a woman, forming an association during their entire lives, and involving the common enjoyment of divine and human privileges”. The *iustum matrimonium* had a dual objective, on the one hand to create equality of rank, condition and honour between the spouses; and on the other hand, the “propagation of the species”.¹⁴ The goal of attaining equality of the spouses is confirmed by the fact that Roman law forbade polygamy.¹⁵ Polygamy includes both polygyny (the system that permits a man to be married to more than one wife, as prevails in African customary law) and polyandry (the system allowing a woman to have multiple husbands).¹⁶ Yet it appears that literary sources and Roman texts tend to focus more on the polyandry of the wife and concomitantly on her chastity than on the husband’s polygyny.¹⁷ This does not really surprise. In the writings of the classical jurists in the context of marriage, the concept of *honestas* is closely linked to the notion of *materfamilias* which became the essence of female honourability.¹⁸ The glossatorial exegesis of D. 1.1.10.1¹⁹ confirms the centrality of the wife in the idea of *honestas* when it illustrates the precept of *honeste vivere* with reference to the wife who lives chastely, honouring her vows in accordance with the mores of the day.²⁰

Although *de iure* Roman marriages were monogamous, extra-marital sexual relations were widely practised and condoned.²¹ In reality, what has been dubbed as “serial monogamy” prevailed: because divorce was informal and effortless, men could have numerous wives in a row.²² Constantine curbed this practice by restricting divorce, recognising only approved reasons for a divorce and attaching penalties (the forfeiture of property) where a divorce took place for trivial reasons.²³

2.2 Roman law and polygamy

Until the classical period there was such a rudimentary assumption of monogamy that the existence of polygamy or bigamy (terms used interchangeably in Roman literature) simply did not feature in Roman law.²⁴ Because a second marriage during an existing marriage automatically dissolved the first, polygamy in the strict sense of the word was not possible.²⁵ While it was held to be unlawful to marry another while you were in an existing marriage, until the time of Diocletian, such a transgression was only visited with *infamia*; that is unless the second marriage amounted also to adultery, in which case both civil and criminal sanctions followed under the *lex Julia de adulteriis*.²⁶ The same applied to those who were engaged to two persons at the same time.²⁷

Although during the classical period the *Edictum perpetuum* attached only *infamia* to polygamy, that does not mean that it was not seen in a serious light, as D. 3.2, which deals with “those who are branded with infamy,” confirms.²⁸ In D. 3.2.1, Julian’s redaction of the Edict classes this transgression together with other acts deserving of infamy.²⁹ These include being discharged from the army for disgraceful conduct; appearing on stage as actor or to recite on stage; keeping a brothel; being found guilty in a court of law of vexatious litigation or collusion, theft, robbery with violence, insult, fraud or trickery; being condemned in a case of partnership, tutelage,

mandate, or deposit; giving your daughter or someone in your power in marriage before the termination of the customary mourning period *tempus lugendi (annus luctus)*; and knowingly marrying a woman before the mourning period had passed.³⁰

In D. 48.5.11(12).12 Papinian discussed an apparently true second-century case³¹ in point. It concerned a woman who contracted a second marriage, having heard that her absent husband had died. Papinian held that had she been under the *bona fide* impression (determined by her behaviour) that her absent husband had died, she would not be held to have done anything deserving of punishment. However, should she have used the rumour of her husband's death as a mere excuse, she would have been guilty of adultery.³² Another example Papinian discussed is that of the man who had lead a married woman astray, taking her as his wife and sending her husband a notice of repudiation. The punishment of this particular man was relegation for a period of three years.³³

From the mid-third century, polygamy was regarded in an increasingly serious light and the punishment for perpetrators increased. In 258, emperors Valerian and Gallienus determined that a man who had married two wives would not only be branded with *infamia*, but if he had done so pretending that he was unmarried, he could also be punished for the crime of fornication (*stuprum*) and would forfeit the *dos*.³⁴ It appears then that it is the misrepresentation of his marital status that elevated the sexual intercourse with a second wife, which was not in itself a crime, to an offence.³⁵

In post-classical times this changed and polygamy was visited with more severe punishments. During the reign of Diocletian, it was for the first time declared a crime for men to have two wives.³⁶ C. 5.5.2 determined that “[i]t is a matter of common notoriety that no one who is subject to the jurisdiction of the Roman Empire can have two wives at once; as, by the Edict of the Praetor, men of this description are branded with infamy, and a competent judge will not suffer a crime of this kind to go unpunished”. The judge had a discretion regarding the appropriate penalty for the crime.³⁷

During Constantine's reign, legislation was promulgated regulating second marriages where a husband had presumably died on a military campaign. According to C. 5.17.7, a wife who was unable to obtain tidings of the safety of her husband, could enter into a second marriage only after a period of four years had expired after his departure for military service and after she had notified the general under whose command he had served of her intention to remarry. Subject to these conditions, and not having entered into the second marriage clandestinely or rashly, she would not lose her dowry or be subject to capital punishment. However, had the second marriage been entered into secretly the proper punishment would be imposed.³⁸

The increasing intolerance towards polygamy was witnessed by the fact that the Romans extended the prohibition also to the foreigners who practised it.³⁹ Blume notes in his comments on C. 5.5.2 that polygamy had been practiced in Thrace, Lybia, Armenia, Syria, and possibly in Palestine⁴⁰ and Egypt,⁴¹ and that it continued to be practiced also under the Empire.

The regulation of Jewish marriages warrants special mention. It is generally accepted that polygyny was practiced by the Jews.⁴² In 388, marriages between Jews and Christians were forbidden by law.⁴³ There are different opinions regarding the reason for the prohibition of

such mixed marriages. Among these are, the prevention of polygamy; to curtail conversion to the Jewish religion; because of the more liberal rules in Jewish law regarding the prohibited degrees of marriage; and to enhance religious and political unity through *concordia fides*.⁴⁴ Barely five years after the issue of this rescript, in 393, Theodosius declared that “no Jew shall follow the custom of his people in contracting marriage, nor enter wedlock according to Jewish law, nor enter into different marriages at the same time...”.⁴⁵ Interestingly, though, there are academics who hold that despite the fact that Jewish society of that time – the Mishnaic and Talmudic periods – may be characterised as polygynous, in reality polygamy was not commonly practised in Roman Palestine and the Western Jewish communities. Some hold that this was as a result of the influence of the “monogamous structure of Christian European society”.⁴⁶ By contrast, Roman legislative regulation of Jewish marriage practices and Theodosius’s decree may be regarded rather as confirmation of the fact that the institution of polygyny was a well-known social phenomenon at the time.⁴⁷

Justinian’s attitude towards Jewish polygyny may be gleaned from C. 9.9 and Nov. 12 that deals with “unlawful and unnatural marriage[s], which the law calls incestuous, sinful and punishable”.⁴⁸ In terms of Nov. 12.3, unlawful marriages had to be dissolved, children borne from such marriages were illegitimate, and a fourth of the property was forfeited. Justinian later granted some relief for Jews, determining that their marriages need not be dissolved and that their children could inherit, but he specifically limited this provision to those who lived in the region of Tyre.⁴⁹

The concept of polygamy was extended to include also concubinage. During the fourth century, Constantine forbade a man to have a wife and concubine at the same time.⁵⁰ Justinian endorsed this law in C. 7.15.3.2, determining that “[m]en, however, who have wives, are not permitted, either by the ancient or the present laws, to have concubines, free or slave”. According to Stocquart⁵¹ concubines too were forbidden to have more than one partner simultaneously as that was regarded as polygamy and “contrary to Roman civilization”. In this regard Ulpian in D. 25.7. 3 is pertinent where he observes that a woman living in concubinage with her patron acts improperly if she enters the same relationship with his son or grandson, “because a connection of this kind closely approaches one that is infamous, and therefore such scandalous conduct should be prohibited”.

2.3 Reasons for the prohibition of polygamy in Roman society

There are various possible reasons for the protection of monogamy in Roman law. Among these are the following: to ensure that inheritance is limited to specific legitimate heirs by one legitimate wife, and in affluent families also ensuring wealth by limiting the number of heirs;⁵² to preserve the honourability of the marriage (*honeste vivere* and, linked to that, the notion of living chastely);⁵³ and the objective of the Roman *iustum matrimonium* to engender equality of the spouses.⁵⁴ In Nov. 12 that deals with unlawful marriages, the concept of chastity pertinently comes to the fore: the converse of the life of one who enters into an unlawful marriage is “to live chastely, and according to nature, and refrain from living licentiously, from seeking forbidden bounds and from violating laws dictated by nature.”⁵⁵ The unwanted

consequences of entering into an unlawful marriage are listed as “spoiling the blood of the offspring”, “insulting family” and “violating the laws of God and man”.

But, in Roman society extra-marital sexual relations were not frowned upon until the time of Augustus. *De iure* monogamy prevailed, but in practice polygamy (especially with slaves) was at the order of the day, even though extra-marital sex was (in theory) punishable for women. For men it was punishable only if it also amounted to adultery.⁵⁶ Augustus’ *lex Iulia de maritandis ordinibus* of 18 BC and *lex Papia Poppaea* of AD 9 were legislative measures aimed at intervening in the general moral degeneration in Rome and in declining population numbers. These laws put marriage under the auspices of the state and aimed among others, at curbing extra-marital sexual relations by subjecting adultery to public instead of private sanction.

Evans Grubbs, though, holds that the view that Roman society was generally morally depraved, is erroneous and should be attributed to the exaggerated writings of imperial satirists and moralists, such as Seneca and Juvenal, which dealt predominantly with the lives of the Roman aristocratic elite who formed a small percentage of Roman society.⁵⁷ She argues that “Romans had a ‘sentimental ideal ... focused on a standard of companionate marriage and a delight in children ...’”.⁵⁸ As appears from late-Republican funerary inscriptions, the attributes of a married woman were *pudicitia* (modesty, especially as regards sexual behaviour); *castitas* (chastity as manifested by complete sexual fidelity); marriage to one man, and conscientious execution of household duties⁵⁹ – all of which are consonant with the *praeceptum iuris* of *honeste vivere* and the glossatorial interpretation of this Ulpian precept.

Susan Treggiari⁶⁰ has a similar view. She notes that even though the reality of Roman social life contradicted the notion that an ethos of monogamy prevailed, the idea that only death could dissolve a marriage was nevertheless founded on Roman ideals. Further, literary evidence and epitaphs confirm that the eternal character of the marriage bond (lifelong monogamy) too is Roman in origin.⁶¹ In his *Mostellaria*, Plautus revealed three important characteristic features of the ideal Roman marriage: faithfulness or fidelity to one husband; obedience to the husband; and the eternal nature of the marriage bond.⁶² Of course, Augustus’ legislation contradicted his ideal of reviving traditional morals – especially that of the *univira*, a term coined in Latin literature and Roman funerary inscriptions and referring to wives who had married only one husband.⁶³ The ideal of the *univira*, the woman who had one husband only,⁶⁴ is founded in Roman religion as certain religious rites were the prerogative of *univirae* only.⁶⁵

3. Roman-Dutch law

The Roman texts mentioned above were also regarded as the foundation of the law relating to polygamy in Roman-Dutch law and, as may be expected, one finds ample reference to and discussion of these texts in the writings of the old Roman-Dutch law authorities. As will appear shortly in the cursory perusal of the Roman-Dutch texts on the topic, polygamy was regarded in a very serious light and the views of the institutional authors became increasingly more intolerant of this crime. Further, polyandry was also in Roman-Dutch law regarded as more serious than polygyny, because of the all-encompassing importance of the chastity of a wife.

As indicated earlier, the main component of the South-African common law is Roman-Dutch law. Despite the hybrid nature of the law, the civilian tradition remains dominant and is generally regarded as the essential core of South African law. Academics and the South African courts today still rely both on Roman law (also as an independent original source) and Roman-Dutch law as primary sources of law.⁶⁶ This is evidenced especially in the law of marriage. Thus, in 2004 in its decision in *Fourie and Another v. Minister of Home Affairs and Another*,⁶⁷ the South African Supreme Court of Appeal noted that the foundation of the common law definition of marriage may be attributed to Modestinus, in D. 23.2.1 and Justinian's Institutes 1.9.1., and then continued that "[t]hese definitions have been quoted over and over again down the centuries". The Court further specifically referred to the continued relevance of the work of the seventeenth-century author on the law of Holland, Henricus Brouwer.

With regard to the monogamous nature of marriage, a number of the old authors on Roman-Dutch law are referred to regularly.⁶⁸ The most important of these are Hugo de Groot, Henricus Brouwer, Johannes Christenius, Simon van Leeuwen, Johannes Voet and Johannes van der Linden. In what follows I will look briefly at the writings of a selection of these authors.

3.1 The seventeenth century

3.1.1 Hugo de Groot (Grotius)⁶⁹

Grotius was the pioneer of Roman-Dutch law and features prominently in the development of South African law. His *Inleiding tot de hollandsche rechts-geleertheid* was an authoritative source of the law in the nineteenth century independent states of the *Zuid-Afrikaansche Republiek*⁷⁰ and the Orange Free State⁷¹ and continued to exert great influence in South African law. Grotius's observations in his *Inleiding* about polygamy are sparse. Unlike most of the other Roman-Dutch authorities, he does not refer to any Roman law texts since his work was written while he was imprisoned and consequently lacked any references.⁷² In his *Inleiding* 1.5.1, Grotius pertinently mentions that marriage is a union of one man and one wife. He continues then, in 1.5.2, broadly relying on Christian doctrine, that one man may be married to only one wife and one wife only, to one man. Should a married person, marry another, or promise to marry another, he or she would be severely punished, and the second marriage would be regarded as void. Interestingly, more than 150 years later, Dionysius van der Keessel, Professor at the University of Leiden, who based his lectures on Roman-Dutch law on the *Inleiding*, pointed out that Grotius merely refers to the fact that an engagement to another by someone who is already married is severely punished, without actually calling it bigamy.⁷³ Fockema Andreae & Van Apeldoorn's⁷⁴ comments on Grotius's texts indicate that where the second marriage was not consummated, the punishment was much less severe. The second marriage could be validated if the first spouse decided to relinquish his or her marriage. Further, children could be legitimised. The disapprobation of polygamy during this time is evident from the severity of the penalties. In fact, the death penalty was sometimes given in aggravating cases, such as where a man had several wives.⁷⁵

3.1.2 Henricus Brouwer⁷⁶

Brouwer was a professor at the University of Leiden during the seventeenth century and was famous for his monumental work on the law of marriage, *De jure connubiorum apud Batavos recepto ...*.⁷⁷ Unlike Grotius's *Inleiding*, this seminal work is inundated with references. *De jure connubiorum* is in South Africa still today regarded as an important source of the common law regarding marriage. In fact, the South African Supreme Court of Appeal in the *Fourie* case mentioned earlier, noted with regard to the formalities of a marriage and the appointment of clerics as State officials as legislated in the Marriage Act 25 of 1961, that "[i]ndeed it is instructive to note that this way of seeing the matter is set forth by Henricus Brouwer (1625-1683), a leading Roman Dutch writer, in his work *De Jure Connubiorum*, which was first published in 1665 ... This analysis is clearly correct and as applicable today as it was in 1665 when it was first published."⁷⁸

Brouwer discusses polygamy extensively, relying on Roman law texts. He, too, starts with the standard introduction that a marriage is a union of one man and one woman, relying on Inst. 1.10.⁷⁹ He then states that the reason for using the singular is to exclude polygamy: *virī & mulieris in singulari numero dicimus, ut polygamiam excludamus*.⁸⁰ Like Grotius, he invokes Christian doctrine to condemn polygamy, stating that "together with the rest of the Christians, we, Dutch apply this Roman law that is consonant with the law of nature and Divine law and accordingly we do not allow anyone in addition to a wife to have a concubine or to contract two marriages".⁸¹

It is evident in his discussion of the possible punishments and his interpretation of Roman law that Brouwer regarded polygamy in a very serious light. In less severe cases he does not explicitly state that polygamy is a crime, but when he discusses aggravated polygamy, he expressly refers to it as a crime and to the perpetrators as bigamists.⁸² He mentions *infamia* in accordance with D. 3.2. for someone who has contracted two engagements or who has married another but where the second marriage had not been consummated. But where the second marriage was in actual fact consummated, referring to C. 9.9.18 and D.48.5.11(12).12, both parties are bigamists; the man in addition being guilty of immorality or unchastity (*stuprum*) and the woman of adultery.⁸³ Brouwer states that imperial law and Roman law are the guidelines regarding punishment for serious offences and that polygamy should be regarded as a serious crime; in aggravating circumstances it should be punished with the death penalty in accordance with C. 5.17.7 and D. 47.11.1.2.⁸⁴

3.1.3 Antonius Matthaeus II⁸⁵

Matthaeus II was also a seventeenth century jurist. He was of German decent, but became a professor of law at the University of Utrecht. Although he was not from the province of Holland, his work on criminal law, *De criminibus ad. lib. XLVII et XLVIII digesti commentarius* published in Amsterdam in 1644, is still consulted in South Africa today.⁸⁶

Matthaeus makes ample use of Roman law. He discusses polygamy in 48.3.1.13, noting that someone married to two wives simultaneously should in accordance with C. 9.9.18 and C. 5.5.2 be guilty of *stuprum* and not adultery. Interestingly, one of his arguments is that while

the prohibition of adultery was universal (including in Israel), the prohibition of polygamy was not: "Indians, Persians, Ethiopians, and the peoples of almost all Asia and Africa had flocks of wives ... and Almighty God tolerated polygamy even among the people of Israel" which He would not have done, had polygamy been regarded as adultery.⁸⁷ In his writings the differentiating standards of morality for men and women clearly come to the fore. He opines that a woman who commits polyandry should be guilty of adultery, in accordance with C. 5.17.7 and C. 117.11. He justifies this distinction between men and women because "a greater reason for virtue ought to exist in the case of a wife than in the case of a husband".⁸⁸ Matthaeus concludes that polygamy is a serious form of *stuprum* and should receive the ultimate punishment.⁸⁹

3.2 The eighteenth century

3.2.1 Dionysius van der Keessel⁹⁰

Van der Keessel was a well-known Dutch jurist at the end of the eighteenth century. He was a professor at Groningen and later at Leiden. His most important published work, *Theses selectae juris hollandici et zeelandici ...*⁹¹, presumably evolved from his lectures on Grotius's *Inleiding* which he used as the basis of his teaching on Roman-Dutch law. Van der Keessel's actual lectures were not published during his life time, but several manuscripts of the lectures have been published and translated during the twentieth century. A collection of them on criminal law, published and translated in five volumes in 1969-1978, is entitled *Praelectiones in libros XLVII et XLVIII digestorum exhibentes jurisprudentiam criminalem ...*⁹². Both these works of Van der Keessel deal extensively with the phenomenon of dual marriages and, in addition to Grotius, he relies on Brouwer's *De connubiorum*. In his *Praelectiones ad ius criminales* 48.5.6, where he comments on various texts in the *Corpus iuris civilis*, it becomes clear that Van der Keessel draws no distinction between polygamy and bigamy: he uses the terms interchangeably.

He notes that there are three requirements for this offence: there must be an existing spouse,⁹³ sexual intercourse must have taken place (if not, the perpetrator is followed with *infamia* only: D. 3.2.1; D. 3.2.13.3);⁹⁴ and there must have been wrongful intent.⁹⁵ Thus, a woman who believes her husband had died and marries again will not be guilty of bigamy (referring to D. 48.5.12(11); C. 5.5.7).⁹⁶ "Nowadays in our regions" he states, "polygamy can hardly exist without an act of falsity."

Just how serious polygamy or bigamy was regarded is illustrated by Van der Keessel's discussion of the punishment for the crime.⁹⁷ He drew the distinction between male and female bigamists: a male bigamist would be guilty of *stuprum* (C. 9.9.18; C. 5.5.2.) and a female bigamist of adultery. A man would accordingly be visited with *infamia* as well as the ordinary punishment for *stuprum*. There appeared to be some conflict of opinion whether the punishment should be death, but van der Keessel concluded, referring to D. 48.5.11(12).1 and 48.5.39(38).1, that if the *stuprum* was accompanied also by incest, death was the appropriate sentence.

In accordance with Nov. 117.11, a woman who is guilty of polyandry must be held liable for adultery.⁹⁸ He points out that in view of the fact that from the time of Constantine the punishment for adultery was death (C. 5.17.7), it should be an appropriate sentence. If it is

uncertain whether there was intent or negligence (in accordance with D. 48.5.12(11)12) there may be a discretion as to the punishment. Van der Keessel nevertheless observes that “under the very late law” adultery was no longer a capital crime for a woman as Charles V changed this by art. 121 of his *Constitutio criminalis coroli V*, and therefore it should follow that bigamy should no longer be punished with the death sentence.⁹⁹ He nonetheless states that bigamy is a far more serious crime than adultery: *bigamiae crimen scilicet multo gravius est adulterio*.¹⁰⁰

3.2.2 Johannes van der Linden¹⁰¹

Van der Linden, too, played an important role in South African legal history. The 1858 Constitution of the independent state of the *Zuid-Afrikaansche Republiek* determined that his *Regtsgeleerd, practicaal, en koopmans handboek ...*¹⁰² would be its basic law.¹⁰³ This work was regarded as an important source of law also in the other independent state, the Orange Free State.¹⁰⁴ It continued to be used as a source of law also in later years in the Union of South Africa, as is apparent, among others, from judicial decisions. Sir Henry Juta, who translated and annotated this work,¹⁰⁵ describes it as follows on the title page: “This book contains all of the Institutes that can be of any use to Students. There are copious notes bringing the law up to date” Interestingly, it appears from this work that at the time (1920) a distinction was still not drawn between polygamy and bigamy¹⁰⁶ and Van der Linden’s *Koopman’s handboek* 2.7.3 still constituted the existing law on the subject.¹⁰⁷

Van der Linden regards marriage as monogamous.¹⁰⁸ He states that persons completely incapable of marrying are those who are already married, because *veelmannery* en *veelwyjverij* (that is, polyandry and polygyny) “are not allowed among us”.¹⁰⁹ He evidently regards a dual marriage as a serious crime. Polygamy, together with adultery, rape, prostitution, sodomy and incest, are classified in the *Koopmans handboek*¹¹⁰ under crimes originating in unchastity (immorality, fornication, lust). He draws no distinction between polygamy and bigamy and uses the terms interchangeably: Referring to Van der Keessel’s *Theses* (th. 62) he states that “[w]hen a person during marriage wilfully enters into a marriage with another person and the second marriage is consummated, this crime is called polygamy or bigamy”. The punishment for polygamy is flogging and banishment, or public exhibition on a scaffold and banishment.

4 Conclusion

Attitudes towards polygamy have not change fundamentally through history. Roman law became increasingly averse to the phenomenon and eventually criminalised it. Yet polygamy was tolerated to a very limited extent among those communities where the institution was a cultural attribute. The concept of *honeste vivere* in marriage finds expression, among others, in chastity set as benchmark for the wife. It is not unusual then that chastity and monogamy were frequently linked in the Roman texts and that the chastity of the wife forms a golden thread through the writings on this subject.

Also in Roman-Dutch law the notion of *honeste vivere* came to the fore in relation to marriage. Brouwer noted that “the same legal position applies in ... [a secular and a church marriage], the same dignity, the same honourableness, the same bond”.¹¹¹ In Roman-Dutch law, the Roman law heritage is clearly illustrated in the works dealing with monogamy. Roman-Dutch law relied not only on Roman law, but also on Christian precepts and was likewise severely opposed to polygamy. Polygamy, or bigamy as it was interchangeably referred to, was classed in Roman-Dutch law as a crime of unchastity, immorality or lust. While Matthaeus¹¹² gave recognition to the fact that polygamy formed an integral part of certain cultures, Voet was so opposed to it that he accused God of connivance for allowing it.¹¹³

The Roman and Roman-Dutch attitudes towards polygamy filtered through to South African law with its civil-law heritage. The historical intolerance of anything outside the accepted norm of monogamy in marriage was mirrored in the non-recognition of African customary and Muslim marriages. Although African customary marriages were eventually officially recognised as valid marriages in 1998, the status of *de facto* polygynous African marriages is at present still tenuous.¹¹⁴ Like Jewish marriages in the Roman Empire, Muslim marriages are today still not recognised in South African law.

* Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa; vniekgj@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 author and not the University of South Africa.

¹ South African has an uncoded, hybrid legal system, relying, apart from the Constitution, which is the supreme law of the land, on different sources of law such as legislation and precedent but also on common law and on African customary law. The South African common law consists of Roman-Dutch law, influenced by English common law and adapted by local legislation and judicial precedent. Furthermore, legal pluralism prevails: within a paradigm of state-law pluralism, the Roman-Dutch common law and constitutionally recognised African customary law are applied as independent (and theoretically parallel) systems of law.

² South African Law Commission *Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law (Customary Marriages)* Project 90, Issue Paper 3 (Oct. 1996) at vii. Until 1998, potentially polygynous marriages were invalid. In *Rex v. Mboko* 1910 T.S. 445 at 447 it was held that “polygamous marriages are inconsistent with the general principles of civilisation as recognised amongst civilised nations ... when a man marries under a system which allows polygamy, his marriage is polygamous, and therefore not recognised by this Court, whether he marries one wife or two”; cf., also, *Nalana v. Rex* 1907 T.S. 407 at 409. The general loathing of polygamy is clearly illustrated, e.g., in the decision of *Kaba v. Ntela* 1910 T.S. 964 at 967: the Court stated that according to s. 24 of Law 3 of 1876 of the *Zuid-Afrikaansche Republiek*, in the interest of morality, the buying of wives and polygamy were not permitted (“[t]ot bevordering der zedelijkheid wordt het aankopen van vrouwen of veelwijverij onder de kleurlingen in deze Republiek door de wetten des lands niet erkend”), that “[w]ith us marriage is the union of one man with one woman, to the exclusion, while it lasts, of all others” (at 986); and accordingly an African customary marriage is against the “general principles of civilisation, because of its polygamous character”, is thus void and “becomes from the narrow point of view of the law an illicit and, I am afraid I must add, an immoral cohabitation”(at 970).

- ³ See the case discussion of *Malgas v. Gakawu* in “Native customs and the Colonial courts” (1891) 8 *Cape Law J.* 37-41 at 39 where the author noted that “to impose upon the Courts of a civilised Government the duty of trying cases relating to ‘dowry,’ in the widest sense of the term, would be the deliberate recognition of polygamy, and also the indefinite postponement of the time when native women shall be released from their present level of almost hopeless degradation”.
- ⁴ South African Law Commission *Harmonisation of the Common Law and the Indigenous Law (Customary Marriages)* Project 90, Report (Aug. 1998) in par. 2.3.10; *Seedat’s Executors v. The Master (Natal)* 1917 A.D. 302.
- ⁵ The consequences of Muslim marriages have at best been recognised on an *ad hoc* basis. During the 1990’s, under a new constitutional dispensation, the courts displayed a more tolerant approach to Muslim marriages and focused on the divergent values of the multicultural South African society, in certain instances (e.g. a claim for loss of support, maintenance, succession) affording wives in Muslim marriages the same protection as that enjoyed by those in civil or Christian marriages: see, e.g., *Amod v. Multilateral Vehicle Accident Fund (Commission for Gender Equality Intervening)* 1999 (4) S.A. 1319 (S.C.A.); *Ryland v. Edros* 1997 (2) S.A. 690 (C.) 711C; *Daniels v. Campbell* 2004 (5) S.A. 331 (C.C.); *Khan v. Khan* 2005 (2) S.A. 272 (T.); and *Hassam v. Jacobs* 2009 (5) S.A. 572 (C.C.). In the latter case in par. 16, the Constitutional Court made it clear that the case did not concern the constitutional validity of polygynous Muslim marriages and that it was unnecessary “to become entangled in the religious and cultural debates in this matter. It should also be emphasised that this judgment does not purport to incorporate any aspect of Sharia law into South African law”.
- ⁶ 1983 (1) S.A. 1006 (A.D.) at 1024. The Appellate Division based its decision against the validity of polygynous marriages, among others, on *Bronn v. Fritz Bronn’s Executors* (1860) 3 *Searle* 313 at 319 in which Christian doctrine was advanced as the reason for non-recognition: “Now marriage is a condition Divine in its institution ... it is only by the development of Christianity that the sacred and mysterious union has been clearly revealed to mankind, and has enjoined a strict observance of its requirements and one of the first of these requirements is ... that polygamy is unlawful, and that marriage is only good when contracted with a man who is not already married to another woman.” See, A.J. Kerr “Back to the problems of a hundred or more years ago: Public policy concerning contracts relating to marriages that are potentially or actually polygamous” (1984) 101 *South African L.J.* 445-456 at 451, and the sources referred to. Kerr argues that it was an incorrect assumption that Christian principles informed the non-recognition of polygamy in the South Africa. See, also, Charles R.M. Dhlamini “The Christian v the customary marriage” (1985) 102 *South African L.J.* 701-708. Walter Scheidel “Monogamy and polygyny” Princeton/Stanford working paper (2009), available at <https://www.princeton.edu/~pswpc/pdfs/scheidel/010903.pdf> at 7, is of the view that monogamy per se does not play a central role in early Christian writings, and the fact that St. Augustine (*On the Good of Marriage* 7) labelled it a “Roman custom” indicates that Christianity may simply have appropriated it as an element of mainstream Greco-Roman culture. By contrast, John Witte, in his expert report prepared for the Attorney-General of Canada, submitted to the Supreme Court of British Columbia (Vancouver Registry No. S-097767) (19 Jul. 2010) §§ 106-119 and 138-179, referring to the teachings of the early Church Fathers, holds that from its inception Christianity rejected polygamy and that this view persisted through the Middle Ages and is evident in medieval canon law.
- ⁷ South African Law Reform Commission *Islamic Marriages and Related Matters* Project 59, Report (Jul. 2003).
- ⁸ Act 120 of 1998.

- ⁹ Constitution of the Republic of South Africa, 1996. Section 9(1) declares that “[e]very person shall have the right to equality before the law and to equal protection of the law”, and s 9(2) provides that “[n]o person shall be unfairly discriminated against, directly or indirectly” on grounds of, inter alia, gender, sex or age.
- ¹⁰ See I.P. Maithufi & G.M.B. Moloi “The current legal status of customary marriages in South Africa” (2002) *J. of South African Law* 599-611; G.J. van Niekerk “The courts revisit polygyny and the Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998” (2013) 28 *S.A. Public Law* 369-487; and the judicial decisions in *Sokhewu v. Minister of Police* [2002] J.O.L. 9424 (Tk.); *MG v. BM* 2012 (2) S.A. 253 (G.S.J.); *Mayelane v. Ngwenyama* 2013 (4) S.A. 415 (C.C.).
- ¹¹ D. 23.2.1; D. 25.2.1; D. 42.1.52; see Max Kaser *Das römische Privatrecht* vol. 1 (Munich, 1971) at 72-73, 310-311; M. Kaser & F.B.J. Wubbe *Romeins privaatrecht* (Zwolle, 1967) at 278; Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* (London, 1962) at 80; Émile Stocquart “Marriage in Roman Law” tr. Andrew T. Bierkan & Charles P. Sherman (1907) 16(5) *Yale L.J.* 303-327.
- ¹² The pre-eminence of the notion of *honeste vivere* in the development of marriage should then not be attributed to the influence of Christian doctrine. Likewise in Roman society, the legal protection of monogamous marriages cannot be attributed to the stimulus of Christianity.
- ¹³ See the discussion by Gardiol van Niekerk & Duard Kleyn “*Honeste vivere*: Ulpian’s *praeceptum iuris* as manifested in the Roman law of marriage” (2016) 2 *Studia iurisprudentia (Universitatis Babes-Bolyai)* available at <http://studia.law.ubbcluj.ro> (accessed 12 July 2016). It played a role also with relation to the prohibition of donations between spouses: 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.; the *dos*: D. 24.3.20; and verbal contracts: D. 45.1.134pr; Van Niekerk & Kleyn at n. 62.
- ¹⁴ Cf. Stocquart (n. 11) at 309.
- ¹⁵ E.g., G. 1.63 (*Brev. alarici G. inst.* 4.7) expressly states that neither a man nor a woman was allowed to marry two or more persons at the same time: *...quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere.* (... because during the continuance of the marriage that produced the alliance there would be another impediment to the union, for a man cannot have two wives nor a woman two husbands.) See, also, D. 3.2.13.3-4. Interestingly, Justinian’s Institutes refer only to polygyny: see *Inst.* 1.10.6-7. For the translation of the *Corpus iuris civilis* texts, I relied on the following sources: S.P. Scott *The Civil Law* (Cincinnati, 1932), available at <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>; Fred H. Blume “Annotated Justinian Code”, available at <http://www.uwyo.edu/lawlib/blume-justinian/>; Alan Watson *The Digest of Justinian* 4 vols., available at <http://0-muse.jhu.edu.oasis.unisa.ac.za/book/6233>.
- ¹⁶ In modern-day parlance “polygamy” refers to a cultural system that is lawfully practiced and where both (or several) spouses are aware of the fact that one of them, or both (or several) of them, are in an existing marriage when they marry each other. Bigamy, in turn, is a crime and presupposes that one of the spouses is unaware of the fact that the other spouse is already married. In Roman texts the terms are used interchangeably.
- ¹⁷ See, e.g. D. 48.5.11(12).12; C. 6.57.5pr-1. In his *Annales* (xi 26-38; xii.1), Tacitus writes about Messalina, wife of the Emperor Claudius (A.D. 41-54) who had married her lover Silius. Even though Claudius was prepared to take her back, his freedman Narcissus nevertheless killed her; cf., also, Laura Betzig “Roman monogamy” (1992) 13 *Ethology and Sociobiology* 351-383 at 369-370.
- ¹⁸ In this regard Stocquart notes ((n. 11) at 317; and see 318-319) that “*matrona*” or “*materfamilias*” had a very specific meaning, “exacting a two-fold condition for the wife; first, to have had a Roman citizen for a father; second, to have maintained an honorable and pure life, the dignity which her origin gave to her.” See, further, the discussion by Van Niekerk & Kleyn (n. 13).

- ¹⁹ In which Ulpian's *praecepta iuris* appear: *Ulpianus libro secundo regularum ... 1. iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*
- ²⁰ Gloss "*honeste*" ad D. 1.1.10.1.
- ²¹ See, generally, Laura Betzig "Roman polygyny" (1992) 13 *Ethology and Sociobiology* 309-349 and "Roman monogamy" (1992) 13 *Ethology and Sociobiology* 351-381; Suzanne Dixon "The marriage alliance in the Roman elite" (Winter 1985) *J. of Family History* 253-378 at 358; *contra* Stocquart (n. 11) at 320 who holds that any such violations of the law would have been met with a public outcry.
- ²² Walter Scheidel "A peculiar institution? Greco-Roman monogamy in global context" (2009) 14 *The History of the Family* 280-291 at 283; J.C. van Oven *Leerboek van romeinsch privaatrecht* (Leiden, 1948) at 455; Olankunbi O. Olasope "*Univira*: The ideal Roman matrona" (2009) 20 *Lumina* 1-18 at 6 refers to it as "successive polygamy". Dixon (n. 21) at 358 notes that even women made themselves guilty of "serial polygamy" and adultery.
- ²³ C.Th. 3.16.1 (A.D. 331) and see the rescript of A.D. 421 in C.Th. 3.16.2: Clyde Pharr *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions* (New York, 1959; 1969 repr.). M. Kuefler "The marriage revolution in late antiquity: The Theodosian Code and later Roman marriage law" (2007) 32(4) *J. of Family History* 343-370 at 355-356; Stocquart (n. 11) at 308-309; Hagith S. Sivan "Why not marry a Jew? Jewish-Christian marital frontiers in Late Antiquity" in Ralph W. Mathisen *Law, Society, and Authority in Late Antiquity* (Oxford, 2001) at 217; Dixon (n. 21) at 359 (and see, further, at 355-356) notes that until the third century B.C. divorce was not common and in fact frowned upon. It is only subsequently that it became casual and frequent among the upper-class, where marriages were arranged for political reasons. See, further, C. 5.17.8. "We direct that a lawful marriage may be entered into by consent, but cannot be dissolved without sending a bill of divorce. For regard for the children demands that a dissolution of the marriage should be more difficult."
- ²⁴ See James A. Brundage *Law, Sex, and Christian Society in Medieval Europe* (Chicago/London, 2009) at 35; O.F. Robinson *The Criminal Law of Ancient Rome* (Baltimore, Md., 1995) at 57; Witte (n. 6) in § 60.
- ²⁵ See Max Kaser *Das römische Privatrecht* vol. 1 (Munich, 1971) at 315. Marriage in Roman law was dependant on "ongoing consent" and accordingly polygamy or bigamy was unknown. When the *affectio maritalis* was established with a person other than the spouse, the *affectio maritalis* with the existing spouse was automatically terminated: Kuefler (n. 23) at 355. There appears to have been some difference of opinion about whether the second marriage automatically dissolved the first. That is apparent from Cicero's discussion of a real case. In his *De Oratore* (1.40.183) he held that the second "wife" should be regarded as a concubine if the first had not been divorced. His opinion of course implies that some measure of formality was required for divorce: *Quod usu memoria patrum venit, ut paterfamilias, qui ex Hispania Romam venisset, cum uxorem praegnantem in provincia reliquisset, Romae alteram duxisset neque nuntium priori remisisset, mortuusque esset intestato et ex utraque filius natus esset, mediocrisne res in contentionem adducta est, cum quaereretur de duobus civium capitibus et de puero, qui ex posteriore natus erat, et de eius matre, quae, si iudicaretur certis quibusdam verbis, non novis nuptiis fieri cum superiore divortium, in concubinae locum duceretur?* ("As to the case also, that happened in the memory of our fathers, when the father of a family, who had come from Spain to Rome, and had left a wife pregnant in that province, and married another at Rome, without sending any notice of divorce to the former, and died intestate, after a son had been born of each wife, did a small matter come into controversy, when the question was concerning the rights of two citizens, I mean concerning the boy who was born of the latter wife and his mother, who, if it were adjudged that a divorce was effected from a former wife by a certain set of words, and not by a second marriage, would be deemed a concubine?"; see, further, Stocquart (n. 11) at 322; and the case discussion of Bruce W. Frier & Thomas A.J. McGinn *A Casebook on Roman Family Law* (Oxford, 2004) at 161-162; *contra* Jane F. Gardner *Women in Roman Law and Society* (Bloomington/Indianapolis, 1995) at 92.

- ²⁶ See Gardner (n. 25) at 93; Witte (n. 6) in § 60.
- ²⁷ D. 3.2.1, D. 3.2.13.1-4. See, also, Evans Grubbs *Law and Family in Late-Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation* (Oxford, 1999) at 143, 173; A.H.J. Greenidge *Infamia. Its Place in Roman Public and Private Law* (London, 1894) at 128.
- ²⁸ Not only was the actual perpetrator visited with *infamia*, but the father who gave his daughter or someone in his power in such a marriage, too, became infamous. Interestingly, regarding bigamy, this Edict did not deal with women. Greenidge (n. 27) at 128 notes that the Edict deals with the intention to commit bigamy rather than the actual effect thereof: consequently a man could be guilty of bigamy even if there was a legal bar against the marriage.
- ²⁹ See, further, the discussion of Greenidge (n. 27) at 123ff.
- ³⁰ *Iulianus libro primo ad edictum. Praetoris verba dicunt: infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam proderit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praeviationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.*
- ³¹ See D. 48.5.11(12).12. See Gardner (n. 25) at 91-96; Frier & McGinn (n. 25) at 162.
- ³² D. 48.5.11(12).12: *Mulier cum absentem virum audisset vita functum esse, alii se iunxit: mox maritus reversus est. Quaero, quid adversus eam mulierem statuendum sit. Respondit tam iuris quam facti quaestionem moveri: nam si longo tempore transacto sine ullius stupri probatione falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore vinculo, legitimis nuptiis secundis iuncta est, quod verisimile est deceptam eam fuisse nihil vindicta dignum videri potest: quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur praestitisse, cum hoc facto pudicitia laboretur, vindicari debet pro admissi criminis qualitate.* ("A woman, after she had heard that her absent husband had died, married another man; not long after, her husband returned. What steps should be taken against that woman? The reply was that the question raised was not so much one of law as of fact; for if a long time had elapsed without evidence of any *stuprum* [on her part] and she, led by false reports [into believing] that she was free from the earlier bond, contracted a lawful second marriage, the likelihood is that she was [genuinely] deceived, and there can appear to be nothing deserving punishment. But if the supposed death of her husband shall be proved to have provided an excuse for getting married, [then] since [her] action is offensive to chastity, she ought to be punished in accordance with the nature of the offense committed.")
- ³³ D. 24.2.8: *Papinianus libro secundo de adulteriis. Divus Hadrianus eum, qui alienam uxorem ex itinere domum suam duxisset et inde marito eius repudium misisset, in triennium relegavit.* And cf. Robinson (n. 24) at 57 n 53; Frier & McGinn (n. 25) at 162.
- ³⁴ Witte (n. 6) § 22; See Frier & McGinn (n. 25) at 38. Interestingly, in the Union of South Africa, too, the bridewealth was forfeited in the case of polygynous African marriages. In *Ngqobela v. Sihle* (10 S.C. 346 at 352), the Court declared: "[I]f, by native custom, 'dowry' cattle is paid to the woman's father on condition that upon her refusing to cohabit with the man any longer the latter shall be entitled to claim the cattle from the father, the claim cannot be enforced by our courts. In law there is a *par delictum*, and the claimant cannot prevail over the possessor." And see *Kaba v. Ntela* 1910 T.S. 964 at 969.

- ³⁵ C. 9.9.18: "... There is no doubt that he who has two wives at once is branded with infamy, for, in a case of this kind, not the operation of the law by which Our citizens are forbidden to contract more than one marriage at a time, but the intention, should be considered; and therefore he who pretended to be unmarried, but had another wife in the province, and asked you to marry him, can lawfully be accused of the crime of fornication ... You can obtain from the Governor of the province the return of all your property of which you deplore the loss on account of the fraudulent marriage, and which should be restored to you without delay." Brundage (n. 24) at 37 avers that the references to bigamy in this text could be attributed to interpolations in Justinian's Code.
- ³⁶ Theodor Mommsen *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1899) bk. 1, 121 n 3, bk. 4, 701; Brundage (n. 24) at 87, attributes the fact that polygamy was made a crime to Christian influence.
- ³⁷ Mommsen (n. 36) bk. 4, 701. Blume *ad C.* 5.5.2.
- ³⁸ *Imperator Constantinus . Uxor, quae in militiam profecto marito post interventum annorum quattuor nullum sospitatis eius potuit habere indicium atque ideo de nuptiis alterius cogitavit nec tamen ante nupsit, quam libello duces super hoc suo voto convenit, non videtur nuptias inisse furtivas nec dotis amissionem sustinere nec capitali poenae esse obnoxia, quae post tam magni temporis iugitatem non temere nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur. 1 . Ideoque observandum est, ut, si adulterii suspicio nulla sit nec coniunctio furtiva detegitur, nullum periculum ab his quorum coniugio erant copulatae vereantur, cum, si conscientia maritalis tori furtim esset violata, disciplinae ratio poenam congruam flagitaret.* During the time of Constantine, adultery, magic and prostitution were lawful grounds for divorce and the penalty for adultery included death, exile and confiscation of property: Hagith (n. 23) at 217; Kuefler (n. 23) at 357 and see, generally, at 355-357; Brundage (n. 24) at 37. Henricus Brouwer, institutional writer on Roman-Dutch law, relied on this text to argue that the death penalty was the appropriate punishment for polygamy - see *infra* at nn. 76 ff.
- ³⁹ Max Kaser *Das römische Privatrecht* vol. 2 (Munich, 1975) at 164; D.H. Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (Durban, 1977) at 95; Stocquart (n. 11) at 305.
- ⁴⁰ *Contra* Kerr (n. 6) at 451.
- ⁴¹ It is interesting to observe that there are indications that in Ancient Egypt polygamy was not the norm. This is evident from surviving Egyptian marriage contracts on papyrus, available at <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/> (accessed 1 Jul. 2016)): A contract dated 310 B.C., states: "[L]et it not be allowed to Heraclides to bring in another woman to the insult of Demetria, nor to beget children by another woman ..."; another from 13 B.C. reads: "... And from now on, Apollonius, son of Ptolemaeus, shall provide Thermion as his wife all necessaries ... and shall not mistreat her, nor throw her out, nor bring in another wife, or he shall directly forfeit the dowry increased by half with right of execution upon both the person of Apollonius, son of Ptolemaeus, and all his property as if by legal decision ... Thermion shall fulfil her duties towards her husband and their common life and shall not leave the house for a night or a day without the consent of Apollonius, son of Ptolemaeus, nor dishonour, nor injure their common home, nor consort with another man, or she – if guilty of any of these deeds – shall after trial, forfeit the dowry, and in addition the guilty party shall be liable to the prescribed fine ..."; and in the 2nd-3rd centuries A.D.: "... Chrysermos is to furnish [to Dionysia] her necessities and clothing and the other things in turn, from his property. And he is not to be allowed to introduce [another wife] in addition to her, - - - nor to outrage her in any [way] ..."; see, further, on Egyptian marriage contracts Judith Evans Grubbs (n. 27) 122 ff.
- ⁴² Flavius Josephus *Antiquities of the Jews* 17.1.2 described the institution as "our ancestral custom that a man may have several wives at the same time" (this quotation from Scheidel (n. 6) at 5). See, further, Justin Martyr *Dialogue with Trypho* ch. 134: "If, then, the teaching of the prophets and of Himself moves you, it is better for you to follow God than your imprudent and blind masters, who even till this time permit each man to have four or five wives ..." Alexander Roberts & James Donaldson (eds.), available at <http://www.ccel.org/ccel/schaff/anf01.toc.html> (accessed 30 Jun. 2016). There are numerous biblical sources, also in the New Testament, e.g. Peter's sermon at Pentecost, to support the thesis that polygamy was practised by the Jews. See, generally, the extensive exposition of Witte (n. 6) §§ 63ff.

- ⁴³ C. 1.9.6 Emperors Valentinian, Theodosius and Arcadius to Cynegius, Praetorian Prefect: “No Jew shall marry a Christian woman, nor a Christian man a Jewess. And if anyone does anything of the kind, the act shall be considered in the nature of adultery, and liberty of accusation is given to everyone. Given at Thessalonica April 30 (388).” (=C.Th. 3.7.2 =C.Th. 9.7.5 [=brev. alarici 9.4.4]: Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius aaa. Cynegio pf. p. *Ne quis christianam mulierem in matrimonium iudaeus accipiat, neque iudaeae christianus coniugium sortiatur. Nam si quis aliquid huius modi admiserit, adulterii vicem commissi huius crimen obtinebit, libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.*
- ⁴⁴ See, generally, the discussion of Hagith (n. 23) at 208-219. According to Evans Grubbs, this prohibition was merely directed at Christian female weavers who had abandoned their jobs: Judith Evans Grubbs “Virgins and widows, show-girls and whores: Late Roman legislation on women and Christianity” in Mathisen (n. 23) 220-241 at 222-223.
- ⁴⁵ C. 1.9.7.
- ⁴⁶ Amnon Linder *The Jews in Roman Imperial Legislation* (Detroit, 1987) at 192 notes that the predominance of monogamy in the Western Jewish communities was a result of the influence of Christianity.
- ⁴⁷ See Adiel Schremer “How much Jewish polygyny in Roman Palestine?” (1997-2001) 63 *Proceedings of the American Academy for Jewish research* 181-223 at 183-186, 219-220, available on JSTOR at http://www.jstor.org/stable/3622602?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents (accessed 5 Jul. 2016) at 215; Linder (n. 46) at 88; 192.
- ⁴⁸ Nov. 12.3: *Sancimus igitur, de cetero, si quis illicitas et contrarias naturae, quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat, contraxerit nuptias ...*; see, further, Witte (n. 6) § 64.
- ⁴⁹ Nov. 139.
- ⁵⁰ See C. 5.26.1[D. 25.7] “Emperor Constantine to the people. No one shall be permitted to have a concubine during marriage. Promulgated at Caesarea June 16 (326)”.
- ⁵¹ According to Stocquart (n. 11) at 320, a married man who took a concubine would have been guilty of adultery and bigamy.
- ⁵² This largely accounted for the tendency towards infertility among the aristocracy: see Betzig (n. 17) at 353; 364-365. Monogamy may also be linked to the idea of the *univira* which, according to Dixon (n. 21) at 360, originated in the early property system; see the contrary view about the religious origins of the tradition of *univira* at (n. 64) below.
- ⁵³ Regarding the high regard in Roman society for the chastity or honour of the wife, see further, Betzig (n. 17) at 367-369. At 369 she notes that chastity was the feminine ideal, the chief virtue in women – a “good wife was *morigera*, subservient to her husband, a good widow was *univira*, committed to a dead one”. The good wife’s attributes of *pietas* (devotion or piety), *fides* (fidelity), and *puclitia* (chastity) were preserved on Roman coins; cf., also, Jane F. Gardner & Thomas Weidman *The Roman Household. A Sourcebook* (London/ New York, 1996) at 54, 99.
- ⁵⁴ See the text at n. 14 *supra*.
- ⁵⁵ Nov. 12.1; the concept of chastity again appears in Nov. 12.3.
- ⁵⁶ Dixon (n. 21) at 358 attributes the moral decline to the increased wealth after the second Punic War of 218-201 B.C., noting that even women made themselves guilty of “serial polygamy” and adultery; cf., further, Scheidel (n. 6) at 4-5.
- ⁵⁷ Evans Grubbs (n. 27) at 55ff.
- ⁵⁸ *Ibid.*
- ⁵⁹ *Idem* at 57.
- ⁶⁰ *Roman Marriage* (Oxford, 1991) at 227-228; 235-236.

- ⁶¹ See the discussion of Majorie Lightman & William Zeisel “*Univira*: An example of continuity and change in Roman society” (1977) 46(1) *Church History* 19-32; Gordon Williams “Some aspects of Roman marriage ceremonies and ideals” (1958) 48(1-2) *J. of Roman Studies* 16-29 at 23-25; cf., also, Treggiari (n. 60) at 230-232.
- ⁶² Plautus *Mostellaria* in the Loeb ed. of *Plautus* vol. 3 (London, 1924 MXMXXIV) tr. Paul Nixon) at 305: *Solam ille me soli sibi suo sumptu liberavit / illi me soli censeo esse oportere opsequentem* (He spent his own money to set me free, just me, and just for himself. I feel I'm only doing what I ought in devoting myself to him, and just him) (lines 204-205); and then at 310 *Si tibi sat acceptum est fore tibi victum sempiternum / atque illum amatorem tibi proprium futurum in vita /soli gerundum censeo morem et capiundas crines* (Well, if you have a guarantee that he'll be food for you eternally and be your own fond lover all your life, the thing for you is to put yourself at his sole disposal and ... fix up your hair for the wedding) (lines 224-226). See, further, Williams (n. 61) at 229ff; cf., also, Betzig (n. 17) at 367-369.
- ⁶³ It is by exception only that this virtue could be attributed to men: see Williams (n. 61) at 23.
- ⁶⁴ The meaning of this term changed through Roman history. Until the late Republic, an *univira* was the woman who married as a virgin and died before her husband as *materfamilias*. The concept was later extended and referred to a woman who did not remarry after her husband's death: Lightman & Zeisel (n. 61) 19-32; Olasope (n. 22) at 2; cf., further, Betzig (n. 17) at 370.
- ⁶⁵ Williams (n. 61) at 23-24; Treggiari (n. 60) at 233; Lightman & Zeisel (n. 61) at 19-21.
- ⁶⁶ See, e.g., the recent decision of the South African Supreme Court of Appeal in *RH v. DE* 2014 (6) S.A. 436 (S.C.A.) and the references in it to Roman and Roman-Dutch law as regards adultery.
- ⁶⁷ [2005] 1 All S.A. 273 (S.C.A.) in par. 79; and see, further, the references to Roman and Roman-Dutch law materials.
- ⁶⁸ See, e.g., H.R. Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (Cape Town, 1969) at 32, esp. n.1 and the references there; François du Bois (ed.) *Wille's Principles of South African Law* 9 ed.(Cape Town, 2007) at 231.
- ⁶⁹ He lived from 1583-1645 and is regarded as one of the most outstanding jurists of all times and the father of modern international law. He wrote the first treatise on Roman-Dutch law, *Inleiding tot de hollandsche rechtsgeleerdheid* which was printed in s'Gravenhage in 1631. See, generally, on Grotius, J.W. Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (Grahamstown, 1908) at 262-293.
- ⁷⁰ The Constitution of the *Zuid-Afrikaansche Republiek*, 1858, read together with the Addenda to the Constitution as they appear in Law 1 of 1856 (Z.A.R.) determined that Van der Linden's *Koopman's handboek* would be the primary source of law of the republic, and Grotius's *Inleiding* and Simon van Leeuwen's law book (*Het rooms-hollands-regt*) would be the binding supplementary sources of the law: “Wanneer in genoemd boek [Koopman's handboek] over eenige zaak niet genoegzaam duidelijk of in het geheel niet wordt gehandeld, zal het Wetboek van Simon van Leeuwen en de Inleiding van Hugo de Groot verbindend zijn.”
- ⁷¹ The Constitution of the Orange Free State, 1854, read together with Ordinance 1 of 1856 (O.F.S.) determined that the principal law of the state would be Roman-Dutch law that applied in the Cape Colony prior to the introduction of English judges (in 1828) and that the main sources of this law would be the text books of Voet, Van Leeuwen, Grotius, de Papegaaij, Merila (sic) Lijbrecht, Van der Linden and Van der Reese and the authorities quoted by them.
- ⁷² With the approval of Grotius, an annotated edition of the work by Groenewegen, appeared in 1644.
- ⁷³ See his *Praelectiones iuris hodierni ad hugonis grotii introductionam hollandicam ad Gr.* 1.5.2.
- ⁷⁴ See S.J. Fockema Andreae & S.J. van Apeldoorn *Inleiding tot de hollandsche rechts-geleertheid beschreven bij Hugo de Groot* vol. 2 (3 ed., Arnhem 1926) ad Gr. 1.5.2.
- ⁷⁵ *Ibid.*
- ⁷⁶ He lived from 1625-1683.

⁷⁷ (Amsterdam, 1665).

⁷⁸ In par. [79]; see, also, par. [119].

⁷⁹ *Nuptiae Justiniani Imperatori definiuntur, viri & mulieris conjunctio individuam vitae consuetudinem continens ...*; *De iur. conn.* 2.28 2. One finds a similar text in Johannes Christenius's *De causis matrimonialibus dissertationes* (Arnhem, 1663) Diss. 3.1: referring to Justinian's text in *Inst.* 1.9, he comments that *matrimonium iustum unius maris & unius feminae cohabitatione constare, ad excludam Polygamiam, & bigamiam, quae nuptiarum nomen non merentur.*

⁸⁰ *De iur. conn.* 2.28 3.

⁸¹ *Idem* 2.5.20.

⁸² *Idem* 2.5.22.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ He nevertheless notes that at that stage nobody had received the death penalty, only lashes and banishment: *De iur. conn.* 2.5.27.

⁸⁵ He lived from 1601-1654.

⁸⁶ This work was edited and translated into English by M.L. Hewitt & B.C. Stoop and published as *On Crimes. A Commentary on Books XLVII and XLVIII of the Digest by Antonius Matthaeus J.C.* vol. 1 (Pretoria, 1987); vol. 2 (Pretoria, 1993).

⁸⁷ *Quod adulterii prohibito perpetua feurit, cum apud alias gentes, tum apud gentem Israelitarum; prohibito polygamiae non fuerit perpetua. Nam praeterquam quod Indi, Persae, Aethiopes ac totius propemodum Asiae atque Africae populi greges uxorum habuerint ... etiam in Israelitarum gente Deus Opt. Max. polygamiam toleravit; Nunquam profecto toleraturus, si adulterium esset ductio plurium uxorum.*

⁸⁸ Tr. Hewett & Stoop (n. 86).

⁸⁹ This is confirmed by art. 121 of the Criminal Ordinance of Charles V of 1540. Matthaeus discusses the death penalty for this kind of *stuprum* further in *De crim.* 48.3.5.8.

⁹⁰ He lived from 1738-1816.

⁹¹ Leiden, 1800.

⁹² B. Beinart & P. van Warmelo (eds.) vol. 2 Wynberg, 1972.

⁹³ A person who is betrothed cannot be guilty of polygamy.

⁹⁴ Also, *Thes.* 1.5.2 th. 62.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*: where parties are *bona fide* (presuming a spouse is dead) no punishment follows. The first spouse then has a discretion whether he or she wants the first marriage to continue. If not, the court may declare the first marriage dissolved. In this regard *Cornelis van Bijkershoek* (1673-1743) *Quaestiones iuris privati* 2.16. 9 (tr. R.A. Whitaker, Pretoria, 1987) writes that a woman whose husband is missing in action may contract a second marriage upon the consent of a magistrate. Should the first husband turn up, he should have the choice whether he wanted his marriage to revive.

⁹⁷ In *Thes.* 1.5.2 th. 63 he elaborates on the punishments in the province of Zeeland.

⁹⁸ See, also, Johannes Voet, *Commentarius ad pandectas* vol. 2 (Geneve, 1769) 23.5.1.

⁹⁹ *Jure novissimo autem, cum adulterium non amplius in mulieri sit capitale ... dicendum quoque est polyandriam morte non puniri ...*

¹⁰⁰ *Prael.* th. 62. See, also, Voet, *Comm.* 23.2.1 and 48.5.7: He does not deal with penalties in detail. Referring to Groenewegen's *De legibus abrogatis ad C.* 5.5.2, he states that in modern law a perpetrator would be flogged or held up to public scorn and then banished, but that in terms of in terms of the Criminal Ordinance of Charles V art. 121, such parties should receive capital punishment as adulterers: *ultima supplicii poena masculis & foeminis, tanquam adulteris proposita sit.* See, also, Simon van Groenewegen van der Made *Tractatus de legibus abrogatis* (Amsterdam, 1669) ad C. 5.5.2.

¹⁰¹ He lived 1756-1835.

¹⁰² Amsterdam, 1806.

¹⁰³ The Constitution of this Republic (see n. 70 *supra*) determined that “Het Wetboek van Van der Linden blijft (voor zoover zulks niet strijdt met den Grondwet, andere wetten of Volksraads-besluiten), het wetboek in dezen Staat.”

¹⁰⁴ See n. 71 *supra*.

¹⁰⁵ *Van der Linden's Manual Commonly Known as The Institutes* (1884, Cape Town, 1920 ed.).

¹⁰⁶ At 125.

¹⁰⁷ Also George T. Morice, a barrister at the Middle Temple in London, and later an advocate of the provincial courts of the Cape of Good Hope, the Transvaal and Orange Free State, translated and annotated this work. It appeared as *Legal, Practical and Mercantile Manual: For the use of judicial officers, practitioners, merchants, and all who desire a general view of legal knowledge* (2 ed. Cape Town, 1922). At 269 Morice stated that in South Africa the crime was known as “bigamy” and that sexual intercourse was not necessary to constitute the crime.

¹⁰⁸ *Koopmans handboek* 1.3.1.

¹⁰⁹ *Idem* 1.3.6.1.

¹¹⁰ *Idem* 2.7.3.

¹¹¹ *De jur. conn.* 2.27.20.

¹¹² See the text at n. 86.

¹¹³ “[P]olygamy was tolerated by God among the fathers of the Old Testament with a certain connivance, or at least was not visited with noteworthy penalties, though all the same it is in very truth opposed to the Divine commands” (*praeceptis divinis*): *Comm.* 23.5.1 tr. Percival Gane *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects by Johannes Voet* vol. 4 (Durban, 1956).

¹¹⁴ See the text at n. 10.

ARTICOLE

**A CASE FOR DISCOUNTING THE BACKLASH AGAINST THE BAN ON SMOKING IN
PUBLIC PLACES. THE CASE OF ROMANIA**

Ioana STUPARIU*

Abstract: *Earlier this year, the Romania Parliament has introduced a law banning smoking in public places. The law was received with a wide set of reactions, stirring a broad debate on the legitimacy of state's intervention, smokers' decisional autonomy and the effects on businesses. In this context, this paper will import behavioral law analysis on hedonic adaptation in order to argue that the backlash caused by the new Romanian law prohibiting smoking in public places will likely decrease as time passes by and should thus be discounted by legislators pressured to retract the law. After presenting the context, content and societal effects of the law (Part 1), it will introduce the concept of hedonic adaptation as a behavioral concept, as well as some of its applications in real life (Part 2). This phenomenon will be then studied in the context of the newly introduced legislative change, aiming to identify factors that would increase the likelihood of hedonic adaptation to occur in this particular case (Part 3). Lastly, the paper will look at the effects of acknowledging the occurrence of this phenomenon on the course of the legislative process, as well as on the society in itself, highlighting the need to back up the theoretical enquiry produced by this paper with some empirical data (Part 4). It will be concluded that the same patterns observed by researchers in the studies aimed at observing the phenomenon of hedonic adaptation can be applied in this case, and potentially in any other involving a significant change of law.*

Key words: *Behavioral Law and Economics; Hedonic Adaptation; Policy; Law-making; Ban on smoking; Romania*

Introduction

Introducing a ban on smoking in a country where one fourth of its citizens smoke¹ is something that can hardly be ignored, in spite of the ban being applicable only to public places. More likely, such a ban would rather create an unusually visible backlash, stirring significant discontent and leading to strong adverse reactions. This is the case of Romania, a country that has recently introduced a ban on smoking in public places in its attempt to align to European standards, with most European countries already having some form of ban on smoking². Despite being shaped as a law and supported by the coercion powers of the state, whether such a ban could be truly effective in Romania seems to remain a dilemma considering the large criticism it has been received with.

In this context, this paper will import behavioral law analysis on hedonic adaptation in order to argue that the backlash caused by the new Romanian law prohibiting smoking in public places will likely decrease as time passes by and should thus be discounted by legislators. After presenting the context, content and societal effects of the law (Part 1), it will introduce the concept of hedonic adaptation as a behavioralist concept, as well as some of its applications in real life (Part 2). This phenomenon will be then studied in the context of the newly introduced legislative change, aiming to identify factors that would increase the likelihood of hedonic adaptation to occur in this particular case (Part 3). Lastly, the paper will look at the effects of acknowledging the occurrence of this phenomenon on the course of the legislative process, as well as on the society in itself, highlighting the need to back up the theoretical enquiry produced by this paper with some empirical data (Part 4). It will be concluded that the same patterns observed by researchers in the studies aimed at observing the phenomenon of hedonic adaptation can be applied in this case, and potentially in any other involving a significant change of law. Admittedly, hedonic adaptation is not the only behavioralist phenomenon that can influence individuals' reactions: other phenomena such as status quo bias³ may interfere as well. This does not, however, decrease the relevance or legitimacy of this analysis, but should be seen as an inherent limitation.

1. The new Romanian law banning smoking in public places (2016)

The controversial banning-law has been adopted at the beginning of 2016⁴, amending Law 349/2002 which regulated the consumption and use of cigars and cigarettes. Though smoking was already prohibited in certain public spaces, such as hospitals of public institutions, the amending law extended the list significantly, with smoking now being forbidden in places such as bars, restaurants and coffee houses. This decision was taken after several years of back and forth on the matter, under the influence of the strong voice of the smoking population and tobacco companies, on the one side, with NGOs and the rest of the population, on the other.

The actual effect of the new law was the banning of smoking in all closed public spaces, with the exception of specially designed rooms in airports and prisons. The ban also concerns playgrounds, both indoor and outdoor. Breaking the law might bring sanctions of up to 500 lei (~120 euros) for individuals and between 5.000 and 150.000 lei (~1200 and 36000 euros) for clubs, bars and restaurants. It could also lead to suspension of their activity and even withdrawal of their license to function, which would basically mean shutting them down.

The ban was received with a lot of criticism coming from all over the country. Bars and restaurant owners complained that this measure will affect their profits, either with smokers not going out as much as before, or with a need of substantial investments in order to adapt the premises to smokers' needs (e.g. by building out-door terraces). Social media has also been overwhelmed with people complaining about the new law, denouncing a discrimination of treatment between smokers and non-smokers and accusing the new law of unduly restricting their right to self-determination.

Before promulgation, the law has been sent to the Constitutional Court at the request of a group of 33 members of parliament who claimed that the law was infringing upon individuals' rights, such as equality of rights (between smokers and non-smokers) and body ownership⁵. The Court ruled, however, that the law was constitutional, explaining that no constitutional right is infringed upon since no such right as a right to smoke is protected by the constitutional order⁶.

A group of members of parliament proposed a couple of amendments to the law reversing or at least mitigating its effects three days before the law entered into force⁷, alleging that the prospective law fails to properly define the concept of "public space" and that the law is too restrictive. An online petition demanding the amendment of the law in order to create separate spaces for smokers and non-smokers in bars and restaurants has started circulating soon after the law came into force on March 17 and has already gathered more than 22.000 signatures⁸.

The reactions were in fact similar to how other countries have received such a prohibition. A similar proposal dated back to 2015 from Harare, Zimbabwe led to some people complaining that the sanctions (fines of 500\$ or spending 6 months in jail) are too harsh, especially in a country where the poverty rates are quite high⁹. Others have criticized the economic rationale of the ban, arguing that such a measure will inevitably decrease the consumption rate and affect tobacco-producers' profits, which is highly problematic given that the country is a tobacco-producing one¹⁰.

Another ban, introduced in a university campus, has caused mixed reactions, with critics revolving around the difficulty of enforcing it, as well as the potentially harmful measures some may take in order to escape the rules¹¹.

The same mixed feedback was offered to a 2013 proposal to ban smoking in restaurants and bars in Ontario¹². While anti-smoking activists applauded the initiative, business owners expressed their concerns about the loss of clients, complaining that the government has never consulted them on the new drastic policy. A similar reaction was observed in Valley City and Barnes county, with bar owners accusing the newly introduced law of hurting their business¹³. The aforementioned effects seem to be confirmed by studies about consumers' reactions post-smoking bans, illustrating that hardcore smokers do attend less venues implementing the smoking ban, with these venues incurring some financial losses due to these bans¹⁴.

There are, however, studies that seem to contradict the hypothesis that smoking bans lead to a significant backlash from the population. When authors of a study examined the reactions of mental patients to a smoking ban introduced in the general psychiatry service, no significant change was noticed¹⁵. Similarly, when studying the effects of smoking bans in a community mental health center, only a slight decline in patient satisfaction was noticed¹⁶. However, no information has been provided on the number of smokers in these facilities, the rate of tobacco consumption, nor on the seriousness of the medical condition of patients. This means that the neutral results may be non-conclusive for the current hypothesis. In any case, what is certain is that *some* reaction does take place when individuals are confronted with a change in their usual situation.

2. The concept of *hedonic adaptation*

Researchers, philosophers and scientists have been trying for decades to understand human behavior and anticipate the outcome of individuals' choices and their effects in different fields of everyday life. This led to a multitude of approaches and theoretical frameworks concerning human behavior. Some researchers chose the empirical methodology, conducting numerous studies in order to observe how people actually think in practice. By observing and replicating patterns, this led in time to the emergence of a series of behavioral phenomena, which have eventually gained wide recognition.

Hedonic adaptation is just one of these many phenomena¹⁷ observed through empirical methods, which has so far been studied in a variety of circumstances in order to define its parameters and limitations. Despite the vast literature on it, the avenues for its research have not been exhausted. This can be explained potentially because of the innumerable applications this theory may have, with many of them unknown at the time being.

Hedonic adaptation has been defined in literature as *"any action, process, or mechanism that reduces the effects (perceptual, physiological, attentional, motivational, hedonic and so on) of a constant or repeated stimulus"*¹⁸. Other authors have found a different meaning, defining it as *"the perceptual process through which the heightened affective arousal resulting from a new experience returns to a baseline level after repeated exposure to the stimulus"*¹⁹. Some even connected it to the *utility* of an experience, arguing that the overall utility has a tendency to decrease until it reaches the level it had before the occurrence of that experience²⁰.

Beyond the more or less technical definitions given by scholars, the main idea behind the phenomenon of hedonic adaptation is that, first of all, people adapt to the consequences of any change that intervenes in their lives, and that, second of all, people tend to underestimate their capacity to adapt. Specifically, every event is likely to be perceived as having a much stronger and longer impact on one's being compared to its actual effects²¹. People simply cannot predict future emotional states²², possibly because of a failure to remember the extent of the effects each experience had on them and to recognize the incidence of hedonic adaptation²³. This has been derived from concrete studies conducted over years, such as analyses on the influence of cosmetic surgeries on individuals' well-being²⁴, their reactions to solitary confinement²⁵ or the willingness to settle²⁶.

Owing to its effects, hedonic adaptation has been called *"one of the most significant barriers to happiness"*²⁷, in the sense that happiness produced by a certain factor decreases over time, as one gets used to that factor being present in his/her life. One solution found to combat these effects has been the theory of *"giving up"*²⁸ or the one of *"interrupted consumption"*²⁹. Both these theories suggest that people need to constantly pause their enjoyment of something pleasurable in order to maintain a constant level of pleasure, as after every pause the level of pleasure is higher than before (though hedonic adaptation does occur, even then, slowly decreasing the level of satisfaction). Briefly put, the more such "breaks" someone takes, the higher levels of happiness that person will report overall.

Researchers do not know exactly what causes the phenomenon³⁰, but estimate that *"many of the processes involved in hedonic adaptation involve cognitive changes – in interests, values, goals, attention or characterization of a situation"*³¹. This implies that the phenomenon

can occur every time individuals are faced with changes in the status quo, internally or externally, physically or emotionally, at a cognitive level. This confers it an innumerable possibilities of applications in real life, taking into account that life in itself represents a sum of individual or group decisions that inevitably modify in one way or another the status quo.

As several authors point out, hedonic adaptation happens in case of both positive and negative experiences³², and regardless of its magnitude³³, suggesting that it is the *occurrence* of the change, not the *nature* of the change that matters. However, the extent to which people can adapt differs from person to person, as well as from event to event. One of the most important studies on hedonic adaptation³⁴ has chosen four cases of undesirable experiences (noise, incarceration, disability and disease and loss of someone beloved) together with four cases of desirable experiences (increase in income, cosmetic surgery, sexually arousing stimuli and foods) and, after comparing the manner in which hedonic adaptation occurs in each of these cases, concluded that the phenomenon is subject-specific (e.g. people adapt to prison but not to noise). The authors attempted to draw a general theory explaining the differences in the things people can and cannot adapt to hedonically (or at least the difference in variations), but admitted that more domain-specific research is needed in order to fully understand the phenomenon, which may be also influenced by domain-specific factors.

With these reservations, some general characteristics of relevance for the present undertaking could be drawn. First, hedonic adaptation *can* occur every time something happens in one's life that instantly leads to a change. Second, this adaptation does not differentiate between positive and negative events, though it may admittedly take place at different levels of time and intensity. Third, people are not aware of this adaptation at the time the event occurs which leads to them over- or under-estimating the medium and long-term impact it has on their lives, as well as to overreactions. Fourth and last, that this impact generally decreases as time passes by.

3. Hedonic adaptation applied to the case of the Romanian ban on smoking

So far, there seems to be no study attempting to analyze the impact of a ban on smoking in public places from the perspective of hedonic adaptation. However, this should not be considered necessarily an impediment: some theoretical conclusions could be easily drawn simply by comparing the cases that have already been studied with the circumstances in which a ban on smoking occurs.

Concretely, by means of **deduction**, this paper alleges that hedonic adaptation does occur in the case of a ban on smoking in public place, despite a lack of empirical evidence, primarily because the *same* type of change, over the same type of entities – *human beings* – occurs. Some further comments are necessary in order to fully understand the extent of the phenomenon.

Firstly, hedonic adaptation implies a *change* in the status quo: for smokers, they are no longer able to enjoy their vice when going out, unless they exit the premises deemed to be public space, which can be perceived as a loss. The same can be said about businesses, who

now have to suffer the potential loss of customers and profits. On the other hand, non-smokers are in a situation of win, given that they can now enjoy a better, cleaner air when entering public space premises. This change is not only wide-spread, but also substantial for all stakeholders involved considering that, one way or another, it directly affects their well-being.

Secondly, the consequences of hedonic adaptation stretch to a large group of people, impacting some positively (non-smokers), whilst others negatively (smokers³⁵), as described in the previous part. This leads to an immediate backlash against the change from the latter group, whose intensity should be proportionate to the magnitude of perceived loss. Nonetheless, because people adapt hedonically, this backlash is likely to decrease in time. The reality of this deduction is proven by statistical evidence.

A relevant example is represented by the cases of California and Florida. California enacted a smoking policy in 1994 and extended it to cover all public places by 1998. Florida, on the other hand, has introduced a smoking ban in workplaces since 1985, but has not been extended to public places until 2003³⁶. Statics show that California citizens seem to have gotten used to the public smoking ban, while many Florida citizens are still getting used to it, which may be explained by the discrepancy in the times when the general ban was introduced. Simply put, when compared to Florida, Californians had 5 years more to get used to the ban.

Moreover, a 2009 survey on Tobacco Conducted by The Gallup Organisation (Hungary) upon the request of Directorate General Health and Consumers³⁷ reinforces this conclusion. Analyzing the reactions of EU countries to smoking bans and comparing the levels of support, the organization found that support was highest in countries which have implemented clear smoking bans. Citizens of Italy, who banned smoking in 2003, are the most prone to accept smoking restrictions in bars, pubs and clubs (93% – 87% "totally in favor"). Italy is followed by Sweden, which introduced a smoking ban in 2005, and Ireland, that banned it in 2004 in workplaces³⁸ (including restaurants), with approximately eight out of 10 respondents supporting smoke-free bars, pubs and clubs (70% in both countries is totally in favor). This shows that countries that are the most supportive of a smoke-free environment are those that have already implemented (some) policies in this regard, which could be explained by the time their citizens had to adapt to the new smoke-free situation, now considering it the "normality".

Thirdly, given that the nature of the actors is the same, it can be easily assumed that their reactions to this particular intervening event have no reason to be different than the reactions they would have had as subjects in all the studies conducted in which hedonic adaptation has been observed.

Lastly, non-smokers seem to be more likely to support the ban than smokers, which is not surprising at all, given that it is the smokers that would be affected directly by such a ban. Regardless of their principles and beliefs, the fact that the change will burden them more is likely to irritate them more than non-smokers. However, these theoretical findings are not completely isolated. A 2010 study on US college students that examined 2260 individuals and several smokers focus groups found that, despite the general positive reaction supporting a smoke-free community, overall, "2-year college students and smokers (non-daily and daily) were less supportive of smoke-free policies"³⁹ in comparison with the non-smokers. Another

study, conducted in 2001, found that “Strong majorities of non-smokers supported the ban, while strong majorities of smokers expressed opposition”.⁴⁰

Relevance of the study. Implications for law-makers

The application of the general theory regarding hedonic adaptation to a ban on smoking in public places is consistent with the purpose⁴¹ of behavioral law and economics to explore the real implications of human behavior for laws⁴². By becoming *aware* of the occurrence of hedonic adaptation, the way in which legislators treat the backlash over a ban of smoking would be significantly impacted.

First and foremost, legislators should no longer leave space for the classical backlash argument, i.e. because a law creates enormous backlash, that law should not be adopted, as it would never be respected and therefore efficient. Hedonic adaptation clearly explains that people’s discontent with the law will eventually decrease in time and they will get used to it, in spite of their initial strong reaction. Similarly, the value that non-smokers derive from the non-smoking ban will decrease in time. This phenomenon also implies that such a strong initial reaction is quite normal, considering the amount of loss people perceive to suffer in light of their addictive habit.

Moreover, in their decision-making process, legislators should take under reservation any backlash from the society that appears during and after the debate, and rather focus on the ideological arguments behind a law and the effects it has. This would decrease the chances of passing populist legislation and would leave space for the more important, efficiency and policy-oriented arguments, leading to a presumably better and more efficient law-making and to better law overall.

Such an approach is not innovative at all. In fact, some authors have already recommended that “factors other than public opinion accounting for lagging policy adoption must be explored”⁴³, though, admittedly, based on a completely different type of arguments.

Lastly, individuals and businesses themselves should become aware of the occurrence of hedonic adaptation. This would influence the way in which they treat such a change in the first place, leading to a more accurate appreciation of the effects a ban on smoking would have on their lives.

Conclusions

This paper has shown that the results of studies exploring the phenomenon of hedonic adaptation can be extended to the matter of banning smoking in public places. This is possible because hedonic adaptation has been proved to be a wide-spread behavioral phenomenon which, despite of its heterogeneity, does occur to a certain extent every time there is a change of status quo, primarily because of human nature. It has also drawn upon some of the benefits legislators and the entire society may gain by acknowledging the incidence and effects of this phenomenon in their legislative processes.

In fact, this suggests that the conclusions drawn in this paper could find applicability even outside the sphere of ban on smoking and beyond the case of Romania, and could theoretically be used every time a legislative change is proposed and implemented. Nevertheless, such a finding would ideally need to be backed-up by (some) empirical data in order to gain more legitimacy.

-
- * SJD Candidate – International Business Law, Central European University, Budapest; ioana_stupariu@yahoo.com.
- ¹ Associated Press, *Romania prepares for a ban on smoking in public places*, Washington Post, March 16, available at <https://www.washingtonpost.com/world/europe/romania-prepares-for-ban-on-smoking-in-public-places/2016/03/16/38997232-eb7a-11e5-a9ce-681055c7a05f_story.html> accessed on March 16, 2016. Specifically, statistics show that 24,3% of adults are daily smokers. Numbers available in Romanian at <<http://www.mediafax.ro/stiinta-sanatate/in-romania-sunt-4-85-milioane-de-persoane-care-fumeaza-curent-9371338>> accessed on March 16, 2016
- ² *Germany marks five years of smoking ban*, available at <<http://www.dw.com/en/germany-marks-five-years-of-smoking-ban/a-16213247>> accessed on March 7, 2016; *Legal Maps of Europe*, available at <http://www.eupedia.com/europe/legal_maps_of_europe.shtml> accessed on March 7, 2016
- ³ William Samuelson, Richard Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1: 7-59, 1988, Kluwer Academic Publishing, Boston
- ⁴ Anti-smoking Law nr. 15.2016, published in the Official Monitor nr. 72 of February 1, 2016.
- ⁵ Digi24, CCR: *Legea antifumat, constituțională* (Romanian), translated by the authors as “The antismoking law, constitutional”, available at <<http://www.digi24.ro/Stiri/Digi24/Actualitate/Stiri/Legea+antifumat+discutata+de+judicatorii+Curtii+Constitutionale>> accessed on March 17, 2016
- ⁶ Constitutional Court of Romania press release, available on <<https://www.ccr.ro/noutati/COMUNICAT-DE-PRESA-192>> accessed on March 18, 2016
- ⁷ Digi24, *Propunere de modificare a legii fumatului cu trei zile înainte de a intra în vigoare* (Romanian), translated by author as “Proposal to modify the anti-smoking law three days before coming into force”, available at <<http://www.digi24.ro/Stiri/Digi24/Actualitate/Stiri/Propunere+de+modificare+a+legii+fumatului+cu+trei+zile+inainte+d>> accessed on March 18, 2016
- ⁸ In Romania, online petitions are considered a quite impactful method of lobby, considering that even the anti-smoking ban was initiated following an online petition.
- ⁹ Thomas Chiripasi, *Harare's Move to Ban Public Smoking Receives Mixed Reactions*, Voice of America Zimbabwe, 2015, available at <<http://www.voazimbabwe.com/content/harare-plans-to-ban-and-fine-people-for-smoking-in-public/2975807.html>> accessed on March 10, 2016
- ¹⁰ Obviously, while criticized, the proposals also received praise by people welcoming the smoke-free environment for health and environment reasons.

- ¹¹ Abby Rinaldi, *Campus smoking ban causes mixed reactions*, The Oracle, 2015, available at <<http://www.usforacle.com/news/view.php/1015217/Campus-smoking-ban-causes-mixed-reaction>> accessed on March 10, 2016
- ¹² The Canadian Press, *Mixed reaction to proposed Ontario smoking ban on patios*, News Toronto, 2013, available at <<http://toronto.ctvnews.ca/mixed-reaction-to-proposed-ontario-smoking-ban-on-patios-1.1542794>> accessed on March 10, 2016
- ¹³ *Smoking Ban Reactions: Some Good, Some Bad*, The Valley City Times Record, available at <<http://times-online.com/content/smoking-ban-reactions-some-good-some-bad>> accessed on March 10, 2016
- ¹⁴ Howard P. Greenwald, *Public responses to a comprehensive smoking ban*, *Drugs and Alcohol Today*, Vol. 15, Issue 2, 2015, pp.100-110
- ¹⁵ Melissa P. Piasecki, Paul Newhouse, *Nicotine in Psychiatry: Psychopathology and Emerging Therapeutics*, American Psychiatric Pub, Nov 1, 2008, p.124
- ¹⁶ (n 15) 124
- ¹⁷ Other important phenomena observed: **the prospect theory** – see Chris Guthrie, *Prospect theory, risk preference, and the law*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, Nr, 3, 2003; **the default rules**. See Cass R. Sunstein, Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, Nr. 4, 2003
- ¹⁸ Shane Frederick, George Loewenstein, *Hedonic Adaptation*, in Daniel Kahneman, Ed Diener, Noerbert Schwartz, *Well-Being: The Foundations of Hedonic Psychology*, Russell Sage Foundation New York, 1999, p.302
- ¹⁹ Nathaniel D. Linea, Lydia Hanksb, Woo Gon Kimc, *Hedonic adaptation and satiation: Understanding switching behavior in the restaurant industry*, *International Journal of Hospitality Management* 52, 2016 143–153, p.144
- ²⁰ Perez-Truglia, R., *On the causes and consequences of hedonic adaptation*. *J.Econ. Psychol.* 33 (6), 2012, 1182–1192
- ²¹ John Bronsteen, Christopher Buccafusco, Jonathan S. Masur, *Hedonic Adaptation and the settlement of civil lawsuits*, *Columbia Law Review*, Vol. 108:1516, 2008, pp. 1516-1549, p.1517
- ²² Edie Greene, Andrew J. Evelo, Kristin A. Sturn, *Affective Forecasting About Hedonic Loss and Adaptation: Implications for Damage Awards*, American Psychological Association, January 2016
- ²³ Bronsteen (n 20) 1517
- ²⁴ Shane (n 17) 313
- ²⁵ Suedfeld Peter, Carmenza Ramirez, John Deaton, Gloria Baker-Brown, *Reactions and attributes of prisoners in solitary confinement*, *Criminal Justice and Behavior*, 9, September 1982, pp.303-340
- ²⁶ Bronsteen (n 20) 1517
- ²⁷ Boehm, J. K., & Lyubomirsky, S., *The promise of sustainable happiness*, in S. J. Lopez & C. R. Snyder (Eds.), *The Oxford handbook of positive psychology* (2nd ed., pp. 667–677), New York, NY: Oxford University Press, 2009, p. 675
- ²⁸ Jordi Quoidbach¹, Elizabeth W. Dunn, *Give It Up: A Strategy for Combating Hedonic Adaptation*, *Social Psychological and Personality Science* 4(5) 2012, pp.563-568

- ²⁹ Leif D. Nelson, Tom Meyvis, *Interrupted Consumption: Disrupting Adaptation to Hedonic Experiences*, Journal of Marketing Research, Vol. XLV, December 2008, pp. 654-664
- ³⁰ Simon Coulombe & Roxane de la Sablonnière, *The Role of Identity Integration in Hedonic Adaptation to a Beneficial Life Change: The Example of "Coming Out" for Lesbians and Gay Men*, 2015, The Journal of Social Psychology, 155:4, 294-313, p.295. There is no universally accepted explanation. However, several explanations have been put forward, for instance those presented in Perez-Truglia (n 19)
- ³¹ Shane (n 17) 302
- ³² Kahneman, D., Snell, J., *Predicting a changing taste: do people know what they will like?* J. Behav. Decis. Making 5 (3), 1992, pp.187-200; Linea (n 18) 144
- ³³ Brickman, P., Coates, D., Janoff-Bulman, R., 1978. Lottery winners and accidentvictims: is happiness relative? J. Pers. Soc. Psychol. 36 (8), 917-927, Leif D. Nelson, Tom Meyvis, *Interrupted Consumption: Disrupting Adaptation to Hedonic Experiences*, Journal of Marketing Research, Vol. XLV, December 2008, pp. 654-664
- ³⁴ Shane (n 17) 302
- ³⁵ Nevertheless, the potential quitting smoking as an effect of the ban may be also considered a positive consequence, but this is likely to occur on the long term, not immediately. Therefore, this paper will stick to the presented dichotomy as it better reflects the immediate implications of the change.
- ³⁶ John Mero, *Under the Influence: A Case Study of the Elks, MADD, and DUI Policy*, Rowman & Littlefield, May 16, 2015, p.101
- ³⁷ The Gallup Organisation, *Survey on Tobacco*, March 2009, available at <http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/Tobacco/Documents/eb_253_en.pdf> accessed on March 10, 2016
- ³⁸ Ireland workplace ban, available at <<http://www.e-sheesh.com/ireland-work-place-ban>> accessed on March 10, 2016
- ³⁹ Carla J. Berg, Laura Lessard et al, *College student reactions to smoking bans in public, on campus and at home*, Health Education Research, Oxford University Press, Vol.26 no.1 2011, pp.106-118
- ⁴⁰ Greenwald (n 13)
- ⁴¹ An approach based on behavioral law helps with the three functions of any law: positive, prescriptive and normative; The positive function refers to the contents and effects of the law; the prescriptive function studies how the law may be used to achieve certain results; the normative function realizes a broad assessment of the ends of a justice system. Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, *A Behavioural Approach to Law and Economics*, Stanford Law Review, 50, 1471-1506, 1998, p.1474
- ⁴² (n 40)1476
- ⁴³ Carla J. Berg, James F. Thrasher, Jean O'Connor et al, *Reactions to Smoke-free Policies and Messaging Strategies in Support and Opposition: A Comparison of Southerners and Non-Southerners in the US*, Health Behavioral Policy Review 2015 Nov; 2(6): pp.408-420