

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1 / 2015
Ianuarie – Martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB

MEMBRI:

conf.dr. Sergiu BOGDAN

prof.dr. Dan CHIRICĂ

prof.dr. Paul VASILESCU

asist.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: asist.dr. Sergiu GOLUB

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

» Studii: Paul Vasilescu, LES CREANCIERS FACE A L'HOIRIE – POUVOIRS ET CONFUSION * <i>CREDITORII ȘI PROBLEMA SUCCESIUNII: COMPETENȚE ȘI NECLARITĂȚI</i> * <i>CREDITORS FACING SUCCESSION: COMPETENCES AND AMBIGUOUSNESS</i>	5
» Studii: Marius-Ioan Floare, ORIGINILE ISTORICE ALE REGIMURILOR MATRIMONIALE REGĂSITE ÎN DREPTUL MODERN ȘI CONTEMPORAN AL FAMILIEI DIN ROMÂNIA * <i>HISTORICAL ORIGINS OF MODERN AND CONTEMPORARY MATRIMONIAL REGIMES IN ROMANIAN FAMILY LAW</i>	21
» Articole: Răzvan Anghel, REGLEMENTAREA INCOMPATIBILITĂȚII ABSOLUTE A JUDECĂTORULUI ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ. EXAMEN TEORETIC ȘI JURISPRUDENȚIAL * <i>REGULATING THE ABSOLUTE INCOMPATIBILITY OF THE JUDGE IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE. THEORETICAL AND CASE-LAW-RELATED ANALYSIS</i>	40
» Articole: Șerban Diaconescu, ÎNCETAREA CONTRACTELOR DE AGENȚIE * <i>LA CESSATION DES CONTRATS D'AGENCE</i>	52
» Articole: Juanita Goicovici, OPOZABILITATEA CONDIȚIILOR GENERALE DE BANCĂ FAȚĂ DE CONSUMATORI * <i>THE OPPOSABILITY OF GENERAL BANKING CLAUSES AGAINST CONSUMERS</i>	67
» Articole: Carmen Lazăr, COMENTARIILE ASUPRA HOTĂRÂRII 317/14 A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE PRIVIND LIBERTATEA DE CIRCULAȚIE A SALARIAȚILOR * <i>COMMENTS ON THE DECISION 317/14 OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE FREEDOM OF MOVEMENT OF EMPLOYEES</i>	83
» Articole: Septimiu Ioan Puț, PRECEDENTUL JUDICIAR – O INTERPRETARE ISTORICĂ A DREPTULUI POZITIV? * <i>THE JUDICIAL PRECEDENT – A HISTORICAL INTERPRETATION OF POSITIVE LAW?</i>	87
» Articole: Mihai Safta, EVOLUȚIA ȘI NATURA CONTRACTELOR CONSENSUALE: <i>EMPTIO-VENDITIO ET IUS COMMUNE</i> * <i>THE NATURE OF CONSENSUAL CONTRACTS, EMPTIO-VENDITIO AND THE IUS COMMUNE</i>	96

STUDII

LES CREANCIERS FACE A L'HOIRIE – POUVOIRS ET CONFUSION

Paul VASILESCU*

Bref. *Les créances ne sont cependant pas le domaine de prédilection du droit successoral, bien qu'il y ait des cas où s'imbriquent les règles de celui-ci dans le droit commun des obligations. Un coup d'œil d'autant plus nécessaire que depuis le 1^{er} novembre 2009 les Roumains sont tenus à observer un nouveau Code civil qui remplace celui de 1865. Et pour cela, on a essayé d'esquisser – prenant dans les lignes suivantes comme objet de réflexion la loi roumaine, une réponse à la question si le droit commun est à appliquer à part entière ou les successions supposent un tel brouillage normatif qu'il soit nécessaire de l'écarter entièrement. A cet effet, on va d'abord regarder à des créances successorales contre les héritiers, puis le régime des dettes et des charges de l'héritage, pour finir tout en parlant des pouvoirs des créanciers chirographaires ayant un lien juridique à une situation successorale.*

Mots clé : *action oblique, confusion, créanciers successoraux, créanciers personnels des héritiers, dettes et charges successorales, fraude paulienne, obligations, partage, rapport des dettes.*

Cuvinte cheie : *acțiune oblică, confuziune, creditori succesoral, creditori personali ai moștenitorilor, datorii și sarcini succesorale, fraudă pauliană, obligații, partaj, raportul datoriiilor*

Le mouvement des dettes est prévu expressément dans la loi roumaine, si la source des obligations est conventionnelle¹ et le mécanisme est aussi volontaire². Ensuite, « les droits ainsi que, dans les cas prévus par la loi, les obligations contractuelles ayant un lien étroit avec le bien, se transmettent, en même temps que le bien, aux successeurs à titre particuliers des parties »³. C'est le transfert obligationnel comme accessoire à un droit réel déjà mû contractuellement. Lors de cette étude, en revanche, on va envisager uniquement le transfert à cause de mort⁴ de la créance. Ainsi, quelle que soit la source d'une obligation concrète, elle se transfère aussi *mortis causa*, c'est ce qu'on peut déduire de maints paragraphes du Code civil roumain⁵. Le principe est aussi en droit roumain que les obligations du *de cuius* tiennent ses successeurs, mais en certaines limites et tout en appliquant quelques règles qu'on va passer ici en revue. Le bien-fondé de ce genre de transport patrimonial fut déjà expliqué par le recours à deux idées assez différentes.

Classiquement, on a dégagé l'idée que l'héritier succède à la personne du *de cuius* et, par cela, il suit le mort, en se subrogeant juridiquement en lieu et place du défunt et continuant ainsi sa personnalité juridique. C'est ce qui justifie que l'héritier universel (ou à titre universel) soit tenu indéfiniment aux obligations du défunt. Dans ce cas-là, on a affaire à un engagement juridique du successeur avec ses biens personnels pour toutes les obligations et les charges de l'hoirie, puisque l'héritier sera tenu *ultra vires hereditatis*. Ainsi on peut admettre tant la confusion entre les deux patrimoines (successoral et personnel) que l'addition de l'actif successoral au gage général des créanciers personnels de l'héritier. A côté de cette thèse traditionnelle et personnaliste de la continuation juridique du sujet de droit rendu ainsi immortel, coexiste une autre dont la vision matérialiste met un accent objectif, à savoir soulignant le rôle des biens et de leur transfert (du mort au vif), tout en ignorant la succession des personnes dans la danse funèbre. Selon cette vision, il n'est concevable – pour le successeur, qu'un engagement juridique *intra vires hereditatis*, donc, une reprise des obligations successorales uniquement dans le cadre de l'avoir déjà repris, quand chaque successeur sera obligé au marc le franc, sa portion héréditaire étant à la fois la justification et la limite de sa responsabilité successorale.

Dans le droit français, cette vision successorale coexiste⁶ avec la précédente, tandis que pour le droit roumain, en dépit de toute hésitation, on pourrait considérer *de plano* comme gagnante la deuxième, celle objective. Il en résulte⁷ que le principe conducteur du droit roumain des successions soit la responsabilité *intra vires* pour toute obligation successorale, que la confusion reste plutôt prônée théoriquement qu'appliquée effectivement, que la mort puisse être théorisée comme un cas d'extinction des obligations, tant qu'elle n'assure pas la mutation des dettes afin d'être payées par ceux qui cueillent tout le patrimoine du défunt.

Pourtant, notre analyse va tenir compte de la nature duale de toute obligation. Ainsi, de son côté actif, toute créance se présente en droit patrimonial, reliant le défunt à une autre personne (le débiteur qui puisse être ou non un héritier). Maintenant, la créance fait partie de la masse successorale, en tant qu'actif patrimonial quelconque, et on va passer en revue (1) les créances successorales. Ensuite, on le sait, toute obligation du défunt se retrouva patrimonieusement dans le passif de la masse successorale, et dans ce cas-là, c'est le défunt qui joue le rôle du débiteur dans le rapport de créance (lui étant lié d'un héritier ou d'un tiers), ce qui nous impose de parler des (2) dettes successorales. Au bout du compte, on va systématiser (3) les pouvoirs des créanciers chirographaires ayant un point de rattachement à la situation successorale.

(1) Créances successorales à l'encontre des héritiers (à savoir ce qu'on doit à l'héritage par les héritiers). Il n'est pas exclu qu'un héritier soit le débiteur de la masse successorale, et pour y arriver, on peut imaginer deux situations. La première est celle dans laquelle l'héritier devait juridiquement quelque chose au défunt de son vivant. Le cas des figures le plus fréquent ici c'est celui d'un emprunt contracté par l'héritier et consenti par le défunt, ou bien un prix dû au défunt et non-payé encore (tout ou en partie). La deuxième situation concernera les dettes nées du chef d'un successeur après l'ouverture de la

succession. Et on pourrait y mettre les indemnités à payer en raison de la destruction d'un bien successoral ; la perception des fruits des biens successoraux par l'héritier qu'on considère maintenant le débiteur ; la jouissance exercée à titre personnel par un héritier sur un bien indivis etc. Pourtant, toute créance liant le défunt à un héritier-débiteur fait partie de la masse successorale, en tant qu'actif patrimonial. Les deux hypothèses décrites ci-dessus ont un dénominateur commun, bien qu'elles ne soient pas identiques. Ainsi, l'héritier est le débiteur proprement-dit de la succession, celui-ci pouvant être forcé d'acquitter la dette. Cette fois-là on parle des obligations tout court, elles étant soumises – on nous enseigne, au droit commun de la matière ; et ce qu'il saute aux yeux c'est un aspect *de facto*, extérieure à la dette : le fait que le créancier est décédé. Vraiment applique-t-on le droit des obligations à l'occurrence ou on enregistre des modifications assez importantes du régime obligationnel ?

Avant d'y avancer une réponse, pour les cas déjà passés en revue, encore est-il à noter un libellé n'ayant jamais dérangé personne et utilisé fréquemment par coutume. Ainsi, on parle habituellement du « débiteur de la succession »⁸, expression remplacée parfois par celle de « débiteur de l'indivision ». Evidemment que telles formules ne veulent qu'indiquer qu'on doit une prestation à la succession, à savoir à des personnes qui sont créancières du débiteur successoral (ayant elles-mêmes la qualité d'héritiers). L'obligation étant toujours un lien de droit établi entre deux personnes bien déterminées (une débitrice, l'autre créancière), et dire qu'on doit à la succession ne vaut qu'exprimer que le créancier est un héritier (/les héritiers). Puis, il ne faut pas perdre de vue que c'est ici qu'on analyse le cas dans lequel le débiteur lui-même est toujours un successeur – à la fois dans le sens d'héritier et d'ayant cause du défunt, et que sa personne (le débiteur-héritier) est aussi munie simultanément de la qualité de créancier par rapport à l'obligation dont on parle.

Les précisions ci-dessus, peut-être banales, peuvent nous éclaircir la vraie particularité du rapport successoral des dettes en tant que règle successorale. Mais avant tout, il est à rappeler la première règle du droit commun des obligations mise en exergue par le transfert *mortis causa*, celle de la confusion obligationnelle. La dette personnelle du débiteur-héritier à l'égard de la succession s'éteint en raison du fait que le rapport d'obligation manque d'un sujet, l'héritier cumulant les deux positions antithétiques que toute relation obligationnelle suppose. Encore, la confusion n'opère que pour la part successorale du débiteur, tandis que pour le reste, l'héritier-obligé restera désormais tenu envers les autres cohéritiers (-créanciers). Il en résulte que la confusion éteindra complètement la dette héritée seulement lorsque le débiteur sera aussi le seul héritier du créancier, parce qu'il va se devoir lui seul la prestation, ce qui sera incompréhensible juridiquement. La confusion s'accomplit dès le moment du décès du *de cuius*, et on peut la considérer – dans ce cas-là, comme un moyen d'extinction définitive de la dette successorale. Alors, même si par règle générale des obligations la confusion n'est tant un moyen d'extinction de l'obligation que plutôt une entrave au paiement, en matière de successions, elle reste par la force des choses une cause qui met fin au lien obligationnel.

De plus, pour que l'effet extinctif de la confusion successorale soit total, dès qu'il y a plusieurs héritiers, on est forcé à considérer que le débiteur-héritier est alloti entièrement de la créance successorale (correspondant à sa dette envers le défunt) même avant le partage.

Sinon, la règle de la division des obligations par voie de décès ne va imposer qu'une confusion partielle, pour une part indivise de l'obligation, au marc le franc de la portion héréditaire. Donc, la confusion pourrait avoir lieu uniquement si on écarte la division automatique *mortis causa* de la dette, tout en considérant que la créance successorale n'existe qu'à l'égard d'un seul débiteur qui est aussi l'héritier (-créancier). C'est ce qu'une chose loisible avant le partage successoral et seulement dans la limite héréditaire appartenant au débiteur. Enfin, il n'est pas possible d'ignorer que la confusion, ainsi que l'imputation des dettes, a lieu en valeur. Cela dit qu'on observe telle quelle la règle si les créances sont pécuniaires, tandis que pour les dettes dont l'objet n'est pas d'argent, l'application de la règle de la confusion impose une préalable équivalence des prestations dues, à savoir on rend en argent la prestation originale établie en nature, c'est donc une balance comptable à faire.

À la différence du droit français⁹, pour le cas où le même héritier a à la fois la qualité de débiteur et de créancier, la loi roumaine ne connaît aucune disposition explicite. Toutefois, on pourrait admettre la solution que le débiteur-héritier sera alloti de sa dette, lorsque le compte successoral présentera un solde débiteur. À l'inverse – pour un solde créancier, la confusion opéra, et par conséquent, la dette sera désormais éteinte *erga omnes*. Il en résulte que la règle de la confusion successorale n'est que l'exception qu'on applique si les successeurs répondent *ultra vires hereditatis* ce qui advient au cas où ceux-ci furent forcés à accepter l'héritage.

Il peut arriver que le débiteur-héritier vienne en concours avec d'autres héritiers et son obligation outrepassa sa quote-part successorale. Selon les règles communes des obligations, la créance se divise de plein droit entre ses (nouveaux) titulaires – qui sont les cohéritiers, et chacun d'entre eux devient (pour une portion) le créancier du débiteur-héritier, la confusion opérant pour la part cueillie par le dernier. Il en résulterait une diminution de la dette avec la part indivise de l'héritier-débiteur¹⁰, et le reste de la créance serait exécuté individuellement sur le patrimoine du débiteur. Cela n'arrive jamais, car le système mis en place par les règles successorales est celui de l'imputation de la dette. Celui-ci était traditionnellement connu aussi sur le nom de « rapport des dettes en moins prenant », car l'héritier-débiteur prendra moins qu'en absence de son obligation qui existe maintenant à l'égard de la succession.

« Le rapport des dettes » n'est qu'une dénomination¹¹ générique qui couvre un moyen spécial de calcul des dettes à régler par chaque débiteur-héritier lorsqu'on ne dépasse pas le cadre subjectif où tout le monde est dans le même temps successeur. Donc, le rapport des dettes est une « affaire de famille », car les sujets des obligations rapportables sont toujours des héritiers. Il s'ensuit que le rapport des dettes est un mécanisme qui relève du droit des successions, et non pas de celui commun des obligations. La loi roumaine y consacre un seul article¹² ayant dans son intitulé même le syntagme bien consacré dont le premier alinéa établit la règle « en moins prenant ». Cette règle est à observer chaque fois que la dette due envers la succession est certaine et liquide, sans qu'il soit requis l'exigibilité de l'obligation ; quelle que soit l'échéance d'une obligation successorale, son rapport est dû du seul fait de l'ouverture de la succession. Par principe, le rapport se fait au moment du partage, lui étant

une technique comprise dans le cadre de la liquidation successorale. Par exception¹³, les héritiers peuvent s'entendre que le rapport ait lieu avant le partage successoral. Puis, l'imputation de la dette sur la fraction de l'héritage cueillie par le débiteur-héritier est à observer toujours, sans distinction du contenu de l'obligation concrète, de sa valeur ou de sa grandeur, ainsi que de nombre¹⁴ des dettes dont est tenu le successeur. Enfin, il faut y ajouter que la mise en œuvre de ce système du rapport passif implique un calcul comptable, tant pour évaluer exactement la dette à imputer (quand elle n'est pas pécuniaire) que pour aboutir¹⁵.

On ignore complètement ladite règle du rapport des dettes dès qu'il est question des créances dont le titulaire est l'un des héritiers. Si un héritier est créancier de la masse successorale, c'est-à-dire à l'égard des autres successeurs, on méconnaît la règle du rapport. Il ne s'agit pas ici d'une exception à la règle, mais d'une autre hypothèse dont elle n'a pas vocation de s'appliquer, parce que la créance est un droit pour son titulaire, mais un passif successoral qui doit être supporté au marc le franc par les autres cohéritiers. D'ailleurs, la loi roumaine nous indique que « l'héritier qui est à la fois créancier et débiteur de l'héritage peut se prévaloir de la compensation légale, même si les conditions de celle-ci ne sont pas accomplies »¹⁶. Il nous est permis d'attirer l'attention que le droit des obligations est applicable, mais avec un petit détournement successoral. Ainsi, la compensation successorale n'exige que les dettes soient réciproques, leurs objets – ainsi que leurs échéances, étant davantage indifférents ; alors que le droit commun des obligations réclame la fongibilité et que les dettes soient toutes exigibles¹⁷.

Les cas ci-dessus ont comme élément commun le fait qu'il y a une obligation établie entre la succession et un héritier qui est aussi le débiteur de celle-ci. Car on peut imaginer tout un autre cas, celui dans lequel un héritier est non pas le débiteur des autres héritiers, mais, à l'envers, leur créancier. Il en est ainsi dans des situations telles que le défunt devait à l'un de ses héritiers une certaine prestation (à titre de prêt ou de réparation) ; un héritier à payer « de son état » les dettes du *de cuius* ou tous les frais funéraires ; un héritier acquitte les travaux nécessaires pour préserver les biens successoraux ou les dettes réclamées par la conservation et la gestion de ceux-ci. Pour une telle obligation, il n'est pas concevable que la confusion opère. Lorsque la succession est débitrice à l'encontre de l'un des héritiers, celui-ci en tant que créancier se peut faire payer avant la liquidation de la succession, voire même avant le partage. Alors, l'héritier-créancier peut prélever une somme d'argent de l'actif successoral correspondant au montant de sa créance, quand il y en a une pécuniaire ; sinon, pour tout autre type de créance, on doit la convertir dans une somme d'argent. Il convient de noter que ni la confusion, ni la division de la créance n'a pas lieu, la règle du droit successoral assimilant l'héritier-créancier à un créancier quelconque qui peut se faire payer « comme tout autre créancier de la succession »¹⁸. Il en résulte qu'un tel créancier peut percevoir le paiement par le prélèvement avant le partage¹⁹.

En fin de compte, on peut retenir que certaines règles générales du droit des obligations s'effacent devant les normes spéciales des successions, toutes les fois que les rapports de créance sont établis entre ceux assujettis à la dévolution successorale (le créancier étant soit le défunt, soit un héritier).

(2) **Dettes successorales** (à savoir ce qu'on doit aux tiers de l'héritage). Si le repère est obligationnel, d'ordinaire, à l'égard d'une succession, un tiers²⁰ ne peut être que soit créancier, soit débiteur. Dans la première situation, le défunt est obligé de son vivant, et dans ce cas-là on parle communément d'une dette successorale envers un tiers, donc, une personne qui n'est point héritier du *de cuius*. Une telle dette née du chef du défunt a le même régime quelle que soit son origine (conventionnelle ou légale) ou que la dette soit établie envers un héritier ou un tiers. Par exception au schéma déjà envisagé, le créancier successoral peut être un légataire, donc, un ayant-cause et non pas un tiers de l'hoirie. Il en est ainsi pour un legs de sommes d'argent qui pèse toujours sur l'actif de la masse indivise, car le bénéficiaire du legs n'est qu'un créancier des successeurs pour le paiement de sa libéralité. On va mettre de côté ce cas-ci, parce que le règlement d'un tel legs relève d'autres règles, telles que *nemo liberalis, nisi liberatus*, l'imputation des libéralités, la réserve etc.

Encore faut-il abstraire du problème le légataire au titre particulier. Par principe, celui-ci n'est pas tenu à payer les charges et les dettes de la succession. Par exception²¹, le successeur à titre singulier est obligé à un tel règlement successoral – mais uniquement dans la limite des biens qu'il a reçus *mortis causa*, (a) si le testateur lui a expressément imposé qu'il le paye ; (b) si ce qu'il a cueilli est une universalité, telle qu'une succession dont avait droit son disposant ; (c) si tous les autres biens successoraux ne suffisent pas d'acquitter les charges et les dettes de l'héritage. La dernière disposition peut être expliquée par la règle *nemo liberalis, nisi liberatus*, et la portion de participation du légataire singulier au passif successoral sera proportionnelle aux biens reçus²².

Rappelons qu'aux dettes du défunt s'ajoutent obligatoirement les charges successorales. Ce genre de dettes – appelées traditionnellement *charges*, comporte des obligations ordinaires nées après le décès du *de cuius*, mais liées au fait de la mort de celui-ci. Toute charge est une obligation civile issue d'un fait ou d'un acte accompli par une personne (un successeur d'habitude) sur les biens successoraux ou en raison du décès de celui qui laisse l'héritage ; elle étant une composante de la masse successorale, liant les successeurs. Les charges successorales sont pratiquement les dépenses faites avec les obsèques, les frais notariaux ou de justice, comme tous dépens exigés par les procédures homonymes (e.g. honoraires, scellés à poser et inventaire), les frais nécessaires à la liquidation du régime matrimonial, au partage et à la liquidation successorale et ainsi de suite.

Toutes ces dettes composent, donc, une catégorie à part, qu'on appelle communément le passif successoral²³, et les obligations qui le forment obéiraient au droit commun des obligations, ainsi qu'aux règles spéciales du droit successoral. D'abord on est tenu à vérifier si le droit commun s'y applique sans faille. Alors, toute obligation successorale est par principe divisible au nombre des héritiers, chacun d'entre eux étant tenu à un paiement partiel, au prorata de sa fraction d'héritage. Par défaut de toute sûreté réelle, l'obligation successorale est une chirographaire, démunie de toute garantie auxiliaire, ce qui implique un paiement au prix du concours au moins des créanciers du défunt. Les moyens d'extinction des obligations prévus par le droit commun seraient à observer aussi pour le passif successoral, et toujours selon ce droit, on assisterait à une confusion des patrimoines (à cause de la mort du

débiteur dont l'avoir et les devoirs seront repris par ses héritiers). Pour les créanciers successoraux, la confusion signifierait aussi la jonction au concours des nouveaux venus (les créanciers personnels des successeurs) et, par suite, il serait à enregistrer une croissance du risque de ne pas se voir payer de l'actif hérité pour les créanciers successoraux.

Les règles spéciales des successions nous enseignent autrement. Ainsi, quant au concours des créanciers successoraux, la situation dépendrait classiquement des successeurs, plus précisément, de leur modalité d'accepter l'héritage. Ainsi, selon le droit français des successions, on fait toujours la différence entre l'acceptation pure et simple et l'acceptation à concurrence de l'actif net²⁴, et qu'uniquement la première implique la confusion successorale ayant la suite que l'héritier soit tenu *ultra vires* du passif hérité. Cette obligation indéfinie aux dettes de l'héritage – qu'existe seulement pour les héritiers universels ou à titre universel, fut l'expression technique de l'idée plus large que le successeur étant un acceptant pur, il continue la personne juridique du défunt. En outre, d'autres idées ont justifié la conséquence particulière de l'acceptation pure et simple. Ainsi, on nous a dit que soit la sécurité du crédit, soit la solidarité de la famille dont il est issu celui qui laisse l'héritage, ou bien – plus récemment on nous a expliqué²⁵ davantage qu'il convient de garantir un juste équilibre entre les pouvoirs reçus par voie successorale et les responsabilités de l'héritier, c'est ce qu'expliquerait l'engagement *ultra vires* pour le passif successoral. Techniquement, tel était aussi l'état du droit roumain sous l'ancien Code civil de 1865 qui fut remplacé par un nouveau code qui changea de cap (aussi) en matière de l'option successorale.

Ainsi, en dépit de toute tradition, le Code civil roumain de 2009 a renoncé à l'acceptation de la succession pure et simple (ainsi qu'à celle sous bénéfice d'inventaire), tout en réglementant une seule acceptation de droit commun. Celle-ci peut être nommée ordinaire et son effet est que l'héritier soit tenu *intra vires hereditatis*. À côté de cette acceptation volontaire, il y en a encore une forcée, créée à titre de sanction civile pour le recel successoral. Le trait essentiel du dernier type d'acceptation c'est que l'héritier acceptant forcé sera « tenu à payer les dettes et les charges successorales proportionnellement à sa part de succession, y compris avec ses biens »²⁶, donc, on a une responsabilité successorale qui s'étend exceptionnellement *ultra vires hereditatis*. La dernière situation reste pour autant une d'exception, car on parle là d'une sanction, tandis que l'acceptation volontaire fait la règle dont la conséquence c'est qu'on répond *intra vires hereditatis* et sans aucune confusion patrimoniale²⁷.

Par conséquent, pour les cas habituels, lorsque les successeurs ont accepté l'hoirie volontairement²⁸, ils seront tenus de dettes successorales à la concurrence de l'actif successoral cueilli. Selon la loi roumaine actuelle, les successeurs universels (ou à titre universel) « répondent pour les dettes et les charges de l'héritage seulement avec les biens du patrimoine successoral proportionnellement à leur quote-part »²⁹. L'effet direct du libellé légal c'est qu'il n'y a habituellement plus d'obligation successorale *ultra vires hereditatis*; tout paiement d'une obligation héritée impliquant uniquement les biens successoraux et non pas l'avoir personnel des héritiers. Puis il ne faut pas ignorer l'expression du libellé légal : l'héritier est *responsable*³⁰ au règlement successoral, parce qu'il répond des obligations du défunt et des

charges successorales. Alors, l'héritier chargé du paiement successoral n'engage pas son patrimoine, il paye pour autrui (dont l'avoir il reçoit) une dette qui ne fut jamais sienne. L'explication réside dans la règle générale³¹ qui commande qu'en droit roumain actuel n'existe pas de confusion successorale, l'héritier ne continue pas non plus la personnalité du mort, mais il lui suit aux titres des biens, des droits et des obligations. Encore faut-il y ajouter que la même loi³² permet aux créanciers successoraux de poursuivre les biens indivis, voire l'actif successoral, avant le partage³³. Et après le partage successoral, les mêmes créanciers priment les créanciers personnels des héritiers lorsqu'il y a concours entre eux pour les biens allotis. Par conséquent, on a pu en parler d'un privilège sur l'avoir hérité des créanciers successoraux, une préférence légale qui survit même au partage, donc, au moment ultérieur où les biens successoraux sont déjà entrés dans le patrimoine des héritiers (allotis).

En bonne logique, on exige qu'en cas de faillite d'un héritier, les créanciers successoraux ne soient pas gênés, car ce l'actif de l'hoirie qui paye leur dette, ainsi qu'un éventuel concours avec les créanciers des successeurs semble impossible sur les mêmes biens. Toutefois, la loi roumaine dispose que lorsque « l'un des successeurs universels ou à titre universel est insolvable, sa part de passif de la succession est répartie entre les autres successeurs au prorata de leurs parts successorales respectives »³⁴. La disposition légale déjà citée peut réclamer quelques précisions. D'abord, le texte aurait une portée générale, lui étant d'application quel que soit le statut du créancier successoral (héritier ou non). Puis, le partage de l'insolvabilité fait fi de la règle qui exige la division de la succession selon les fractions correspondant à la vocation (légale ou testamentaire) successorale. Parce que, après avoir établi la quote-part de chaque héritier, on peut constater que l'un d'entre eux est insolvable, et le texte dont il est question là nous commande une nouvelle division, cette fois de la dette du successeur défaillant, le dénominateur étant le nombre des autres successeurs. Ce moment critique et inutile doit être surmonté tout en rappelant que les successeurs sont tenus *intra vires hereditatis*, que la confusion successorale ne se produit pas et que les créanciers successoraux peuvent se faire payer dès le décès du *de cuius*.

L'intitulé de l'article 1157³⁵ du Code civil roumain nous invite d'ailleurs à appliquer son deuxième alinéa uniquement entre les successeurs (universels et à titre universel) dont au moins l'un d'entre eux a entièrement réglé la dette successorale et, à l'occasion du recours subrogatoire, il se heurte à l'insolvabilité de l'un de ses cohéritiers. Les conséquences légales sont que l'héritier *solvens* doit assumer une perte patrimoniale et diviser son recours en paiement. Le dernier aspect est normal, tout en découlant du fait que la règle commune est la divisibilité des obligations aussi en droit civil roumain, donc, même si la dette payée était solidaire³⁶, parce que son règlement initial a cassé la solidarité obligationnelle. Le premier aspect est cependant moins acceptable, puisqu'il est inconcevable de mettre à la charge des successeurs *non solvens* une dette devenue plus importante par le seul fait qu'un héritier est défaillant et sans tenir compte de la cause d'obligation. D'ailleurs, il faut rappeler que la dette reste une successorale, payable de l'actif de la succession, d'où doit récupérer *solvens* ce qu'il a payé en sus de sa portion héréditaire.

Ensuite et par principe, les créanciers personnels des héritiers ne se rencontrent jamais³⁷ avec les créanciers successoraux avant qu'on fasse le partage de l'héritage. Puisque sur les biens indivis d'une succession ne peut exister concours entre ces deux types de créanciers que postérieurement à l'allotissement. Mais, même après le partage, le concours entre eux est plutôt nominal qu'effectif – en raison du privilège dont jouissent les créanciers successoraux. C'est pour cela qu'en droit successoral roumain – bien que d'aujourd'hui n'existe pas de successions jacentes et qu'on admet la règle selon laquelle la transmission successorale s'accomplit dès que *de cuius* meurt, les biens successoraux ne s'ajoutent automatiquement pas au gage général des créanciers personnels des héritiers, autant que ceux-ci se voient leur patrimoine divisé en deux masses de biens assez isolées. L'existence de cette division du patrimoine – consacrée d'ailleurs *de lege lata* à titre de règle générale³⁸, empêche d'ailleurs toute confusion patrimoniale, malgré la disposition³⁹ expresse du code roumain qui prévoit la confusion comme l'un des cas généraux d'extinction des obligations.

Enfin, la règle de droit commun commande que toute obligation se partage dès lors qu'elle est transmise *mortis causa*⁴⁰. Donc, les dettes et les charges de la succession se divisent entre les héritiers au prorata de leur vocation successorale concrète, exprimée par une fraction héréditaire. Cela dit que le créancier successoral ne peut poursuivre sa créance que sur la part successorale cueillie par chaque héritier ; ce qui suppose le partage de la dette entre les héritiers (*solvens* à venir), ainsi que la division de la poursuite. C'est le système traditionnel qui ordonne la division de plein droit des obligations du *de cuius*. Ce système normatif prend en compte qu'il s'agit d'une poursuite personnelle des successeurs, après avoir eu lieu une confusion patrimoniale dont l'effet est la responsabilité *ultra vires hereditatis* des héritiers. Pour conclure, la division *mortis causa* de la dette est naturellement exigée tant par les mécanismes successoraux que par les soucis d'éthique⁴¹. Puisqu'il convient d'arrêter la responsabilité patrimoniale des héritiers à la limite de leur portion héréditaire, sinon l'entier patrimoine des héritiers se trouverait indéfiniment à la merci des créanciers successoraux.

La bonne logique traditionnelle est toutefois chassée du Code civil roumain de 2009. Il commande encore la divisibilité successorale des obligations héritées, alors que l'effet de l'acceptation volontaire de la succession c'est la responsabilité *intra vires hereditatis*. C'est ce qui pourtant empêche à la fois la confusion et la poursuite personnelle de l'héritier tenu à une dette successorale, aspects déjà règlementés⁴² à part entière. En conséquence, on a préservé la conclusion – la division de plein droit des obligations, tout en rejetant les prémisses dont elle découle – la confusion et la responsabilité successorale *ultra vires*. C'est là qu'il ne s'agit proprement-dit ni d'astuce juridique ni de preuve de sagesse législative.

Avant qu'on analyse le régime du concours des créanciers successoraux, on revient à la règle de la division des obligations par voie héréditaire, tout en rappelant les exceptions y prévues explicitement par la loi roumaine⁴³. Ainsi, la dette successorale ne se partage plus entre les héritiers si (a) l'obligation est indivisible ; (b) la prestation due consiste « dans un bien individuellement déterminé » ou il s'agit d'une « prestation déterminée relative à un tel bien »⁴⁴ ; (c) l'obligation est une hypothécaire ; (d) l'exécution de la dette est à la charge de l'un des successeurs choisi au gré du testateur.

Juste quelques petites observations ! Le cas prévu ci-dessus à la lettre (b) est le plus prolix et ambigu. Que vaut-il vraiment ? Premièrement, il nous serait permis de deviner que la loi ne viserait qu'une obligation de donner une chose certaine (*dare*), obligation divisible par sa nature (intellectuelle) transformée (légalement) dans une indivisible. La question à résoudre pratiquement, c'est la modalité de payer ce type d'obligation, s'il y a plusieurs héritiers dont quelques-uns s'y opposent ; la loi se tait et la règle « un pour tous » n'est plus efficace. Deuxièmement, on a du mal à préciser ce qui veut dire « prestation déterminée relative à un bien déterminé », d'autant plus qu'au contenu de toute obligation ne se trouvent que des prestations bien précisées en leur objet. Enfin, le cas (c) reste un classique – expliqué par la nature réelle de la sûreté, dans lequel l'accessoire (l'hypothèque) l'emporte paradoxalement sur le principal (l'obligation), alors que le point (d) s'avère inutile d'avoir été règlementé, les jeux des règles du droit commun en faisant office.

La division des obligations par voie successorale reste importante aussi à l'égard des héritiers, notamment lorsque l'un d'entre eux a réglé toute la dette. Selon le droit commun des obligations, le *solvens* bénéficierait d'un recours subrogatoire en paiement, prévu par la loi pour toute personne ayant payé pour autrui et justifié même par le fait du règlement. Mais, à côté de la disposition d'usage général relative à la subrogation personnelle⁴⁵, il y en a une particulière, et on considère que celle-ci est applicable en matière successorale. La norme spéciale⁴⁶ nous enseigne que l'héritier-*solvens*, donc, qui a payé toute « la dette commune » ou plus de ce qu'il aurait tenu à régler selon sa fraction d'héritage n'a de recours que contre chaque héritier, ainsi qu'à la proportion de la part successorale de chacun. La situation demeure identique aussi pour le cas où l'héritier – qui a payé la dette entière, s'était subrogé aux droits du créancier-*accipiens*.

Il convient d'observer que le texte ne regarde que les obligations successorales conjointes (solidaires ou pas), payées par l'un des coobligés entièrement ou partiellement mais en sus de la fraction due et que la subrogation personnelle paraît exclue. En fait, la norme n'interdit pas la subrogation personnelle du *solvens* mais arrête toute cascade subrogatoire, parce que celui qui a réglé doit diviser sa poursuite selon les quotes-parts des autres débiteurs-héritiers. On ne voit ici que la règle de droit commun⁴⁷ qui impose à la fois la division *mortis causa* des obligations et sa suite logique – le partage de la poursuite menée par tout créancier chirographaire. La situation ci-dessus décrite n'engendre pas une nouvelle dette (successorale ou pas) par la seule fait que l'un des héritiers a réglé une obligation du *de cuius*. Autrement dit, une fois payée la dette successorale, celle-ci s'éteint à l'égard du créancier successoral *accipiens*, tout en subsistant entre les héritiers qui seront tenus entre eux toujours d'une obligation successorale dont le créancier sera désormais l'un des successeurs.

Le débiteur *solvens* d'une dette de l'hoirie est assimilé légalement à un créancier-tiers, à savoir à un créancier étranger de la succession, puisqu'on lui est permis « de demander à des autres héritiers le paiement des créances qu'il a envers la succession comme tout autre créancier »⁴⁸. Il en résulte qu'un tel héritier *solvens* ne jouit pas d'un statut particulier dû uniquement au fait qu'il a payé une dette successorale, et il va entrer en concours ordinaire avec les autres créanciers successoraux, ainsi qu'avec les créanciers personnels des héritiers

obligés à contribuer à l'extinction de la dette selon leurs portions successorales respectives. Ce cas peut être rangé parmi des situations dans lesquelles on puisse songer à un véritable concours entre l'héritier qui a fait l'addition et les créanciers successoraux. De même, c'est hors de toute discussion une éventuelle collision entre des créanciers personnels (d'autres héritiers) et ceux successoraux. Tout cela à cause du jeu *ope legis* du bénéfice de séparation de patrimoines existant entre les héritiers et la masse successorale ayant isolé les deux groupes de créanciers (personnels et successoraux).

Une autre règle de droit commun des obligations nous dit que la subrogation légale s'enclenche aussi « au profit de l'héritier qui paye de ses propres biens les dettes de la succession »⁴⁹. Tout en réglant la dette successorale de son état, l'héritier-*solvens* se voit rangé parmi les rangs des créanciers successoraux, en remplaçant l'*accipiens* dans ses rapports avec d'autres héritiers tenus à payer à leur tour les dettes du *de cuius*. L'effet direct sera l'amincissement du gage général des créanciers personnels du *solvens* (à la proportion du règlement fait) ; puis, la suite indirecte serait que ces créanciers personnels entreraient par ce fait en concours inattendu avec les créanciers successoraux. Le dernier aspect concrétise probablement un cas assez rarissime dans lequel on peut songer à un éventuel concours entre les deux types de créanciers (de la succession et des héritiers), isolés soigneusement par la loi dès qu'elle impose que chaque genre de créanciers se voient payer moyennant des biens issus d'une seule masse patrimoniale (soit successorale, soit personnelle).

Pour conclure, la subrogation personnelle par le paiement d'une dette successorale ne joue en bénéfice de l'héritier-*solvens* quels que soient les deniers utilisés à ce but qu'en vertu des textes spéciaux⁵⁰ qu'on retrouve en droit successoral, et non pas comme effet du droit commun des obligations.

(3) Les pouvoirs des créanciers sur l'héritage sont-ils identiques à ceux du droit commun ? D'abord, selon la créance qu'ils ont, faut-il distinguer les créanciers successoraux de ceux personnels des successeurs, puis encore convient-il de voir si le droit commun de l'action paulienne, de celle oblique et les règles du concours sont encore à appliquer tel quel.

Les créanciers personnels des héritiers peuvent-ils exercer le droit d'option successorale au lieu de leur débiteur qui est aussi successible ? Intuitivement, on va répondre par la négative, mais, légalement, on le fait par l'affirmative ! Ainsi, les créanciers chirographaires⁵¹ du « successible peuvent accepter la succession par voie oblique dans la limite de leur créance »⁵². L'acceptation accomplie de manière subrogatoire sera toujours expresse, tout en observant aussi les conditions générales de l'action oblique dans tout état de cause⁵³. Par conséquent, les chirographaires personnels du successible sont tenus à prouver que leur débiteur manifeste un refus ou bien au moins une négligence à l'égard de la succession à laquelle il a le droit, et que cette attitude est tenue intentionnellement pour causer ainsi un dommage à ses créanciers chirographaires. Outre les mêmes créanciers doivent apporter la preuve que la succession est solvable, sinon, leur action est dépourvue de tout intérêt, mais pratiquement le dernier aspect est assez difficile à prouver. Si les créanciers demandeurs ont du succès, l'effet de leur action va profiter à tous les chirographaires de

l'héritier acceptant. Toutefois, à l'égard des autres cohéritiers, une telle acceptation indirecte ne produit d'effet que si l'héritier pour lequel on a agi comprend accepter de son gré la succession.

Il en résulte, premièrement, qu'une acceptation oblique de la succession profitera aussi aux chirographaires inactifs, car tous les créanciers de l'héritier en cause pourront poursuivre les biens successoraux échus à ce dernier dans la proportion de leurs créances respectives. Deuxièmement, dans les relations successorales internes – établies entre celui pour lequel on a accepté obliquement l'héritage et les autres cohéritiers, le premier sera considéré renonçant, à moins qu'il n'ait accepté volontairement la succession. Donc, le reliquat (les biens qui restent dans la masse successorale après le règlement des dettes dues aux chirographaire) sera cueilli uniquement par les successeurs acceptants, sauf l'héritier pour lequel on s'est agi par voie subrogatoire. La conclusion qui en découle c'est que l'acceptation de la succession faite obliquement ne produit que d'effets réels, bornée à la valeur des créances des chirographaires demandeurs ayant un certain intérêt d'accepter la succession au compte de leur débiteur indolent. Enfin, si on rappelle qu'« avant le partage successoral, les créanciers personnels d'un héritier ne peuvent poursuivre que la fraction héritée de celui-ci »⁵⁴, il s'avère que l'acceptation par voie oblique d'une hoirie, bien qu'elle soit loisible, n'abrège pas le chemin des créanciers chirographaires vers le paiement, ainsi qu'elle ne produit ni d'effets *erga omnes*.

Quant à l'acte de renonciation à une succession, les chirographaires personnels des héritiers ne peuvent pas avoir le pouvoir d'accomplir un tel acte juridique, mais ils peuvent rétracter obliquement une renonciation à la succession⁵⁵. L'hypothèse serait celle dans laquelle le débiteur-succesible ne répudie un héritage solvable que pour empêcher les créanciers d'être payés. En l'occurrence, il faut être accomplies toutes les conditions⁵⁶ de l'action oblique, ainsi que celles prévues à article 1123 C.civ.ro., pour que les chirographaires aient gain de cause. Cela dit que le succès de l'action oblique n'est possible que si l'héritier avait encore le droit de renoncer à la succession déjà acceptée, sans porter aucune atteinte aux intérêts d'autres successeurs.

S'il s'avère impossible à révoquer subrogatoirement la répudiation successorale, les créanciers chirographaires encore peuvent-ils procéder à une révocation moyennant l'action paulienne.

Les chirographaires personnels des héritiers peuvent utiliser une action paulienne tant pour attaquer une acceptation que pour anéantir une renonciation frauduleuse à l'hoirie ; le droit commun des obligations est à observer dans tout état de cause⁵⁷, sans détour ni exception. L'acceptation d'une succession insolvable peut être considérée comme un acte frauduleux dès que l'héritier s'oblige à régler avec ses deniers les dettes du *de cuius*. Dans ce cas-là, il est permis aux créanciers du *solvens* d'attaquer également l'acceptation et le règlement accompli. Mais, plus pratique vaut qu'ils ne contestent que l'acte du paiement, tout en prouvant la fraude paulienne et en ignorant l'acte de l'option successorale. Le choix pour cette dernière solution s'expliquerait par l'effet légal *intra vires hereditatis*⁵⁸ qui laisse d'ailleurs sans écho pratique l'attaque paulienne de toute acceptation successorale, même d'un héritage en déconfiture.

En revanche, l'action paulienne des créanciers personnels de l'héritier paraît plus raisonnable lorsqu'elle se dirige contre un acte de renonciation frauduleuse⁵⁹ à un héritage solvable. Si une telle action sera admise par le juge, les créanciers doivent ultérieurement accepter par voie oblique⁶⁰ la succession, déclencher la procédure judiciaire successorale, tout en obtenant le partage successoral, et, au bout du compte, poursuivre effectivement les biens allotis à leur débiteur-héritier. Facile à dire, mais embarrassant à faire ; s'agissant d'un long et coûteux trajet juridique pour les créanciers personnels du successeur. Cependant, chaque fois qu'on admet l'action paulienne, elle ne va produire que d'effets relatifs, assez restreints, à savoir à l'égard des chirographaires de l'héritier. En outre, l'héritier poursuivi est désormais libre à opter comme il veut, et, aux yeux de ses cohéritiers, son statut successoral (acceptant/renonçant) dépendra uniquement de son acte concret d'option successorale (acceptation/renonciation).

Les créanciers chirographaires de la succession, à savoir pour l'essentiel ceux du *de cujus*, jouissent-ils à l'égard de l'option successorale des mêmes possibilités juridiques que les créanciers personnels des héritiers ? À première vue, la réponse serait positive⁶¹. Il faut cependant apercevoir que leur intérêt successoral est distinct, et que la transmission *mortis causa* de la dette corrélative à leur droit impose un autre comportement. Ainsi, pour les chirographaires successoraux, l'acte de l'option successorale ne présente aucun intérêt particulier, car ils se peuvent faire payer même si la succession est vacante, les biens du *de cujus* étant affectés à ce but, et l'office de *solvens* sera fait par la commune (ou l'Etat)⁶². De ce fait, s'ils agissent par voie oblique pour que la succession soit acceptée par l'héritier négligent, une telle solution n'a pourtant aucune valeur pratique (quoique possible). De surcroît, la loi⁶³ permet aux chirographaires successoraux à déterminer qu'un successible précise son attitude à l'égard de l'héritage, mais les effets d'une telle action provocatrice sont encore sans consistance pratique. Enfin, l'action paulienne mise à la portée des créanciers successoraux, et utilisée pour anéantir un acte frauduleux d'option successorale n'a pas de sens juridique pour eux (quoique possible). Tout cela parce que ce genre de successeurs n'est par principe pas intéressé par la personne du *solvens*, mais des biens à poursuivre, eux ayant le droit d'être payés avant le partage successoral⁶⁴.

Ensuite, il convient de rappeler que l'actuel système successoral roumain ne consacre plus l'ancien mécanisme de la séparation de biens. *De lege lata*, on ne mélange automatiquement plus les deux catégories de biens (successoraux et personnels), et il n'est plus « nécessaire une démarche particulière »⁶⁵ de la part des créanciers successoraux pour aboutir à la séparation successorale de patrimoines. Aujourd'hui, on ne parle en droit roumain que d'un seul patrimoine – appartenant à l'héritier, qui comporte deux masses de biens assez distinctes : une successorale, l'autre personnelle. L'existence des masses poursuit dans un laps de temps compris entre le jour de l'ouverture de l'hoirie et celui du partage successoral. Après ce dernier moment, au sein du patrimoine de l'héritier n'aura aucune division interne en masses distinctes. Le but suivi par la loi en prévoyant les deux masses est d'empêcher le concours entre les créanciers successoraux et ceux personnels des héritiers. Ainsi, avant le partage successoral, ces derniers créanciers ne peuvent pas poursuivre les biens successoraux

qui sont en revanche mis à la disposition des créanciers successoraux. Après le partage successoral, le concours s'ouvre entre tous les créanciers pour tout bien de leur débiteur. Toutefois, même dans cette étape, ainsi qu'on a déjà vu plus haut, les créanciers successoraux « se feront payer avec préférence à l'égard des créanciers personnels de l'héritier » des « biens successoraux allotés lors du partage, ainsi que de ceux qui les remplacent dans le patrimoine de l'héritier »⁶⁶. La préférence légale octroyée aux créanciers successoraux est d'ailleurs identifiée à un privilège⁶⁷ proprement dit dont l'assiette porte sur les biens hérités.

La conclusion générale serait que le droit commun des obligations est à observer même lorsqu'il s'agit des créanciers successoraux et personnels des héritiers, avec un certain spécifique, issu évidemment du droit successoral, dont on détache le privilège homonyme et l'inanité de l'action oblique octroyée aux créanciers successoraux.

*Professeur à la Faculté de Droit de l'UBB Cluj-Napoca, Roumanie ; vpaul@law.ubbcluj.ro.

¹ En droit français, on explique la transmission *mortis causa* des obligations issues de l'acte juridique par le biais de la stipulation « pour ses héritiers et ayants cause », v. l'article 1122 C.civ.fr.

² La reprise conventionnelle de la dette est règlementée dans le Code civil roumain de 2009 (art. 1599-1608 C.civ.ro.).

³ Art. 1282 alin. (2) C.civ.ro.

⁴ A. Bacaci, G. Comăniță – Drept civil. Succesiunile, ed. Universul Juridic, București-2013; M.D. Bob – Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil, ed. Universul Juridic, București-2012; D. Chircă – Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile, ed. C.H. Beck, București-2014; F. Deak, R. Popescu – Tratat de drept successoral, vol. II, Moștenirea testamentară, ed. Universul Juridic, București-2014; I. Popa – Drept civil. Moșteniri și liberalități, ed. Universul Juridic, București-2013; M. Grimaldi – Droit civil. Successions, ed. Litec, Paris-2001; A.M. Leroyer – Droit des successions, ed. Dalloz, Paris-2009; F. Terré, Y. Lequette – Droit civil. Les successions. Les libéralités, ed. Dalloz, Paris-1997.

⁵ e.g. les articles 1155-1159, art. 1114 et art. 1427 C.civ.ro.

⁶ La coexistence est assurée par le système de l'acceptation de la succession. Ainsi, l'une pure et simple implique l'application de la confusion entre le patrimoine hérité et celui du successeur, la suite étant la responsabilité du dernier avec ses propres pour les dettes successorales, tandis qu'une acceptation à concurrence de l'actif net (appelée jadis « sous bénéfice d'inventaire ») empêche une telle confusion, et l'acceptant sera tenu *intra vires successionis*.

⁷ Le Code civil roumain a renoncé *de lege lata* au système de l'acceptation successorale sous bénéfice d'inventaire, en instituant les conséquences d'une telle acceptation *ope legis* (automatiquement), au moins qu'il n'y ait acceptation forcée dont la suite sanctionnatrice sera la confusion patrimoniale, l'acceptant forcé étant tenu à payer *ultra vires successionis* (art. 1114 et 1119 C.civ.ro.).

⁸ Ou de la « masse successorale », ou bien tout autre syntagme suggérant que de l'autre côté se trouve non pas une personne, mais uniquement des biens.

⁹ Art. 867 C.civ.fr.

¹⁰ Qui est – pour cette portion, aussi un créancier, son propre créancier.

¹¹ « L'expression est trompeuse, car la créance figure déjà dans la masse à partager, il s'agit plutôt d'allotir l'héritier débiteur de la succession de la créance que la succession a à son égard. », v. A.M. Leroyer – *op.cit.*, p. 424-425.

¹² Art. 1158 C.civ.ro. Pour le droit français, v. art. 864-867 C.civ.fr.

¹³ Art. 1158 alin. (4) C.civ.ro.

¹⁴ Art. 1158 alin. (2) C.civ.ro.

¹⁵ D'abord on détermine la somme en argent de l'obligation (le cas échéant), ensuite on calcule la masse à partager, tout en additionnant la créance successorale (un actif patrimonial), puis on partage ce qui en résulte aux quotes-parts successorales, et à la fin le débiteur-héritier voit sa portion successorale amoindrie effectivement de la valeur de sa dette (qui se retrouve ainsi dans son lot).

¹⁶ Art. 1158 alin. (3) C.civ.ro.

¹⁷ Art. 1617 alin. (1) C.civ.ro. C'est là qu'on n'envisage évidemment que la compensation dite légale dont l'effet est automatique, *ope legis*.

¹⁸ Art. 1157 alin. (3) C.civ.ro.

¹⁹ Art. 1155 alin. (2) C.civ.ro.

²⁰ On désigne ici par le mot *tiers* toute personne qui n'est pas héritier.

²¹ Art. 1114 alin. (3) C.civ.ro.

²² Pour cela, il faut compter combien pèsent ces biens dans l'ensemble de la masse successorale, et la fraction ainsi calculée sera la quote-part du passif à payer par le légataire à titre particulier.

²³ Celui-ci ne comprend pas les *devoirs successoraux*, tels que ceux liés à la mémoire du défunt, ceux issus des actes informés du mort ou des règles morales de conduite à tenir, en raison du fait qu'ils sont démunis de tout contenu patrimonial.

²⁴ Celle-ci a remplacé depuis 2006 l'ancienne acceptation sous bénéfice d'inventaire, leurs effets respectifs étant presque identiques, v. A.M. Leroyer – op.cit, p. 325.

²⁵ M. Grimaldi – op.cit., pg. 556.

²⁶ Art. 1119 alin. (2) C.civ.ro.

²⁷ C'est pour cela que le droit roumain ne connaît pas la faculté de décharge, prévue à l'article 787 alin. (2) C.civ.fr.

²⁸ Dont l'effet aujourd'hui est identique à l'acceptation pure et simple qui existe (encore) en droit français.

²⁹ Art. 1114 alin. (2) C.civ.ro.

³⁰ Il ne s'agit d'une responsabilité civile proprement-dite, mais de l'idée que l'héritier sera tenu à régler les dettes successorales.

³¹ Par exception, si la responsabilité *ultra vires* était la marque de la continuation de la personnalité du *de cuius*, il en résulterait qu'une telle continuation ne peut être que l'effet d'une sanction, celle de l'acceptation forcée de la succession.

³² Art. 1155 alin. (2) C.civ.ro.

³³ Malgré le fait que le système roumain connaît l'espèce des héritiers saisis, la loi ne comprend aucune disposition pour éclaircir le rôle de ceux-ci dans la mise en œuvre du paiement successoral. De ce point de vue, les successeurs (saisis ou pas) jouent comme des *solvens* dont le statut juridique paraît non-successoral. Autrement dit, ces héritiers font figure plutôt de mandataire du défunt que de successeurs, parce qu'ils payent moyennant les biens d'autrui (mort) une dette qui n'est leur que dans la mesure où elle n'outrepasse pas l'actif successoral. Dans ce cas-là, on accepte la succession uniquement pour régler le passif d'autrui avec ses biens, et s'il en reste encore un plus patrimonial, l'héritier peut le cueillir.

³⁴ Art. 1157 alin. (2) C.civ.ro.

³⁵ « Le recours entre les successeurs. L'insolvabilité de l'un des successeurs ».

³⁶ Si l'obligation est indivisible et commune aux héritiers, le texte n'a pas d'application.

³⁷ Voici un motif d'appoint – à côté de la règle imposant la responsabilité successorale *intra vires* liée à l'acceptation volontaire de la succession, pour lequel la loi roumaine a renoncé à la séparation des patrimoines, encore prévue en droit français, à l'article 878 C.civ.fr.

³⁸ Art. 31 C.civ.ro.

³⁹ Art. 1624-1628 C.civ.ro.

⁴⁰ On parle de la règle « de la divisibilité de plein droit des obligations », cf. art. 1155 alin. (3) C.civ.ro., qui comprend même les obligations solidaires, v. art. 1460 C.civ.ro., sauf celles indivisibles, v. art. 1425 et 1427 C.civ.ro. Pour le droit français, il faut se rapporter à l'article 1220 C.civ.fr.

⁴¹ A chacun sa part à la fois de gain et de perte ; il serait question d'un effet particulier de la justice commutative.

⁴² Art. 1114 alin. (2) C.civ.ro.

⁴³ Art. 1155 alin. (3) C.civ.ro.

⁴⁴ *Ibidem* la lettre b).

⁴⁵ Art. 1593-1598 C.civ.ro.

⁴⁶ Art. 1157 alin. (1) C.civ.ro.

⁴⁷ Art. 1424, 1427, 1460 C.civ.ro.

⁴⁸ Art. 1157 alin. (3) C.civ.ro.

⁴⁹ Art. 1596 lettre d) C.civ.ro.

⁵⁰ Art. 1157 alin. (1) et art. 1596 lettre d) C.civ.ro.

⁵¹ Les créanciers munis de sûretés réelles n'ont aucun intérêt à la succession échue à leur débiteur, car la nature de leur garantie l'offre la possibilité de se voir payer directement par l'exécution de leur sûreté (gage/hypothèque).

⁵² Art. 1107 C.civ.ro.

⁵³ Art. 1560-1561 C.civ.ro.; P. Vasilescu – Drept civil. Obligații, ed. Hamangiu, București-2012, p. 100.

⁵⁴ Art. 1156 alin. (1) C.civ.ro.

⁵⁵ M. Eliescu – op.cit., p. 335.

⁵⁶ On a pu croire soutenir que les créanciers seraient tenus à prouver aussi la fraude de leurs intérêts machinée par leur débiteur, v. *ibidem*.

⁵⁷ Art. 1562-1565 C.civ.ro. P. Vasilescu – op.cit., p. 105.

⁵⁸ Sous l'ancien code roumain, l'acceptation d'une succession insolvable pouvait être *a priori* considérée comme frauduleuse, car l'acceptant répondait des dettes successorales *ultra vires hereditatis*, ce qui valait une diminution du gage général de ses créanciers personnels qui se voient d'ailleurs entrer en concours avec les créanciers successoraux.

⁵⁹ v. la décision civile n° 21/1985 du tribunal de Suceava ; la décision civile n° 639/1966 du tribunal de Banat, C.S. Ricu – Moștenirea legală. Partajul succesoral. Practică judiciară adnotată, ed. Hamangiu, București-2009, p. 199.

⁶⁰ L'ancien code roumain prévoyait *ad litteram* cette solution (art. 699).

⁶¹ I. Popa – op.cit., p. 452.

⁶² Art. 1138 et 1139 C.civ.ro.

⁶³ De l'art. 1113 alin. (1) C.civ.ro. est déduite l'idée que même les créanciers successoraux sont en droit de formuler une telle demande.

⁶⁴ Art. 1155 alin. (2) C.civ.ro.

⁶⁵ V. Stoica – Drept civil. Drepturile reale principale, ed. C.H. Beck, București-2013, p. 14; v. art. 1114 alin. (2) et art. 1155-1156 C.civ.ro.

⁶⁶ Art. 1156 alin. (5) C.civ.ro.

⁶⁷ I. Popa – op.cit., p. 512.

STUDII

**ORIGINILE ISTORICE ALE REGIMURILOR MATRIMONIALE REGĂSITE ÎN DREPTUL
MODERN ȘI CONTEMPORAN AL FAMILIEI DIN ROMÂNIA**

dr. Marius-Ioan FLOARE*

*Ceea ce a mai fost, aceea va mai fi, și ceea ce s-a întâmplat
se va mai petrece, căci nu este nimic nou sub soare.
Dacă este vreun lucru despre care să se spună: "Iată ceva nou!",
aceasta a fost în vremurile străvechi, de dinaintea noastră.
Nu ne aducem aminte despre cei ce au fost înainte, și tot așa
despre cei ce vor veni pe urmă; nici o pomenire nu va fi la urmașii lor.*

Ecleziastul 1: 9-11

Abstract: Historical Origins of Modern and Contemporary Matrimonial Regimes in Romanian Family Law. *Contemporary matrimonial regimes in Romanian Family law can trace back their historical origins to the French Civil Code of 1804. Going further back in time, we could argue that the French codification was a conservative one that merely incorporated previous customary practices from the North of France, that trace their origins to old Germanic laws, and the written law of Southern France, which found its roots in classical and postclassical Roman law.*

The matrimonial community, the separation of assets between husband and wife and all other modern regimes are not creations of the modern world, they are merely modern interpretations of millenary practices, adapted to the egalitarian vision brought about by the improvements in the status of women.

Keywords: *matrimonial regimes, antiquity, feudalism, custom, separation, community, dowry*

Cuvinte cheie: *regimuri matrimoniale, antichitate, feudalism, cutumă, separație, comunintate, dotă*

Noul Cod civil al României, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, a reintrodus în dreptul nostru privat posibilitatea alegerii regimului matrimonial, posibilitate care a lipsit în țara noastră vreme de 60 de ani, vechiul Cod al familiei din 1953 instituind un regim matrimonial legal, imperativ și unic al comunității bunurilor dobândite în timpul căsătoriei (practic un regim comunitar redus la achiziții¹), reglementând foarte puține excepții de la

comunitate (în art. 31 C.fam.). Posibilitatea alegerii regimului matrimonial se regăsea însă în forma inițială a Codului civil din 1864, în vigoare până după al doilea război mondial, care reglementa explicit regimul dotal și din care s-a dedus existența unui regim supletiv al separației de bunuri, nefiind excluse nici regimuri comunitare convenționale.

Pentru a înțelege originile istorice ale regimurilor matrimoniale moderne din cele două Coduri civile din 1864 și din 2009, precum și ale regimului unic al comunității de achiziții din Codul familiei, trebuie să ne întoarcem până în antichitatea romană și în Evul mediu vest-european. Relevante pentru evoluția istorică a regimurilor matrimoniale moderne de la noi sunt atât dreptul roman clasic și post-clasic, dreptul vechi germanic, precum și dreptul medieval din Franța, care au influențat Codul civil napoleonean de la 1804, acesta din urmă fiind "transplantat" în dreptul nostru, cu minime modificări, în 1864.

Din punct de vedere terminologic, sensul modern al noțiunii de "regim matrimonial" este unul restrâns și tehnic, referindu-se doar la normele juridice care reglementează raporturile dintre soți, precum și dintre aceștia și terți privitoare la bunurile și datorile soților². În acest articol de istorie a dreptului vom adopta însă perspectiva vremurilor trecute asupra conceptului, înglobând și problemele succesoriale și de liberalități care privesc soții și care reprezentau "miezul" regimurilor matrimoniale antice și medievale. În aceste epoci trecute, regimul matrimonial nu era o problemă care să îi privească exclusiv pe cei doi soți și problemele lor patrimoniale din timpul căsătoriei, cum este privită astăzi, ci privea ansamblul familiilor celor doi soți³, liberalitățile destinate soților și problemele succesoriale care îi priveau pe soți fiind aspecte esențiale⁴, frecvent reglementate prin convenții matrimoniale sub forma unor veritabile pacte de familie⁵.

Atunci când examinăm situația regimurilor matrimoniale în antichitatea romană și în Evul mediu, se observă cu ușurință că acestea sunt influențate puternic de situația generală a femeii în familie și societate⁶, de regimul general al succesiunilor și de regimul special al unor bunuri, cum sunt fiefurile feudale. În Franța, care este "furnizoarea" arhetipurilor de regimuri matrimoniale întâlnite în ultimii 150 de ani în dreptul românesc, regimurile matrimoniale au fost preluate și adaptate atât din lumea romană, mai ales în ceea ce privește regimul dotal și separația de bunuri din "țara dreptului scris", cât și din lumea germanică, de unde s-a preluat regimul comunității în regiunile dominate de cutumă.

În Franța, libertatea de a alege regimul matrimonial s-a încetățenit abia în secolul al XVI-lea. Până atunci, în fiecare regiune opera în principiu un singur regim matrimonial. În zonele de drept cutumiar funcționa regimul comunității matrimoniale, cu diferențe de la oraș la oraș și de la regiune la regiune, pe când în regiunile "dreptului scris" și în Normandia funcționa regimul dotal.⁷

Acest periplu prin regimurile matrimoniale antice și mai ales medievale va urmări doar câteva linii generale ale acestora și unele ilustrări, întrucât într-un interval de peste un mileniu și într-o arie geografică atât de amplă au existat prea multe modificări și particularități locale pentru a putea fi cuprinse într-un simplu studiu. Caracterul eteroclit al legislației și cutumelor prerevoluționare franceze în domeniul dreptului familiei a fost curmat abia prin intrarea în vigoare a Codului civil din 1804, epoca pe care o numim în sens larg medievală fiind caracterizată de o extremă variabilitate în spațiu și timp a dreptului familiei.

REGIMURILE MATRIMONIALE ÎN DREPTUL ROMAN

În dreptul roman timpuriu, căsătoriile predominante erau cele *cum manus* (în varianta patriciană și religioasă *confarreatio* și în simularea de "cumpărare a soției" numită *coemptio*), bunurile soției devenind practic ale soțului.⁸ La momentul căsătoriei *cum manus*, tot ceea ce aparținea femeii și tot ceea ce aceasta dobânda ulterior devine proprietatea soțului, la fel ca și achizițiile făcute de un fiu sau o fiică⁹. Proprietatea nu se putea împărți, soția neavând nimic, astfel că regimul dotal și comunitatea de bunuri erau necunoscute. Soția avea drepturi succesoriale la fel ca și copiii, dar aceste drepturi nu se asemănau cu dreptul ulterior al văduvei de a-și redobânda dota, ci erau drepturi succesoriale propriu-zise asupra patrimoniului soțului defunct, patrimoniu în care fuseseră absorbite pe deplin și bunurile aduse de soție.¹⁰

Regimul dotal s-a putut manifesta doar după căderea în desuetudine a căsătoriilor *cum manus*, dota fiind bunul sau bunurile aduse de soție sau de un terț, înrudit sau nu cu soția, pentru a ajuta soțul la suportarea cheltuielilor căsniciei, cu obligația pentru soț de a le restitui la disoluțiunea căsătoriei.¹¹ Existența unei obligații de restituire a dotei era esențială pentru acest regim matrimonial, recuperarea dotei permițând, în primul rând, femeii să se recăsătorească.¹² O a doua caracteristică esențială a dotei (imobiliare - *fundus dotalis*) era inalienabilitatea acesteia, pentru același scop de a permite femeii recăsătorirea, dreptul roman clasic (*lex Iulia de fundo dotali*) permițând însă soțului să înstrăineze dota cu consimțământul soției.¹³ Dreptul postclasic din vremea împăratului Iustinian extinde inalienabilitatea dotei și la imobilele din provincii și o transformă într-una absolută, neputându-se înstrăina bunurile dotale imobiliare nici cu consimțământul soției, întrucât interesul primar protejat nu mai este al acesteia, ci al copiilor.¹⁴

Dreptul roman clasic și postclasic consacră o anumită "separație" de bunuri ale soților, comunitatea de bunuri lipsind cu desăvârșire și soțul având uzufuctul bunurilor dotale ale soției (*dos*), folosind fructele dotei pentru a acoperi cheltuielile căsniciei și putând păstra economiile pe care reușea să le facă.¹⁵ În acest context, în epoca postclasică apare *donatio propter nuptias*, o donație făcută de soț, în vederea căsătoriei¹⁶, și care rămânea practic în proprietatea și sub controlul lui, dar în caz de insolvență nu revenea creditorilor soțului¹⁷. În cazul defacerii căsătoriei, dacă aceasta era din vina soției, soțul putea păstra o parte din dotă (*dos*). În schimb, dacă defacerea căsătoriei era imputabilă soțului, soția putea păstra o parte din *donatio propter nuptias*.¹⁸ În timpul căsătoriei romane erau interzise donațiile între soți, mai ales cu privire la bunuri de valoare, pentru a evita spolierea soției de bunurile proprii sau, dimpotrivă, acapararea de către soție a bunurilor soțului.¹⁹

Împărații romani precreștini doreau probabil și ei să controleze într-o anumită măsură divorțurile, dar atașamentul populației față de libertatea căsătoriei i-a determinat pe conducători să se limiteze la a impune sancțiuni pecuniare pentru partea vinovată de divorț. Soțul putea reține a șasea parte a dotei soției (*dos*) în caz de infidelitate a acesteia, a opta parte pentru greșeli mai puțin importante, la toate acestea adăugându-se câte a șasea parte pentru fiecare copil care rămânea în grija tatălui în baza puterii sale paterne, fără ca totalul să

depășească o jumătate din dotă. Dacă bărbatul era cel în culpă pentru divorț, el trebuia să restituie întreaga dotă deîndată, pierzând beneficiul termenului de grație obișnuit de un an.²⁰

Nici împărații romani creștini nu s-au aventurat să interzică divorțul, ci doar au mărit sancțiunile pecuniare pentru soțul în culpă, soția a cărei conduită îi furnizase soțului motive legitime de divorț urmând să-și piardă întreaga dotă (*dos*) în favoarea soțului, iar soțul care i-a dat soției motive de divorț urma să piardă în favoarea ei *donatio propter nuptias*. Aceste bunuri urmau să revină în deplină proprietate copiilor, dacă aceștia existau, soțul sau soția având doar un drept de uzufruct viager. Dacă nu existase nici dotă și nici donație pentru căsătorie, partea în culpă urma să piardă un sfert din bunurile sale în favoarea soțului nevinovat de disoluția căsătoriei. Vinovăția la divorț se "atribuia" și în cazul părții care ceruse divorțul pentru motive neserioase, astfel încât să fie descurajate divorțurile dintr-un capriciu.

Nu existau sancțiuni pecuniare pentru divorțul consensual *divortium bona gratia* doar în situația în care nu existase niciun fel de culpă a soților, de exemplu dacă unul dintre ei dorea încetarea efectelor căsătoriei pentru a putea intra la o mănăstire sau soțul fusese timp de peste cinci ani în captivitate în străinătate, precum și dacă nu existase niciodată perspectiva de a avea copii.²¹

Împărații romani creștini îl "pedepseau" pe soțul care se recăsătorea, privându-l de deplina proprietate a bunurilor pe care le dobândise ca urmare a primei căsătorii (*lucra nuptialia*), lăsându-i doar un drept de uzufruct în acele situații în care trăiau copii din prima căsătorie, aceasta fiind o măsură de protejare a intereselor acestora în fața părintelui vitreg, părinte față de care lumea antică era profund suspicioasă.²²

Prin Novella 97 din anul 539, împăratul Iustinian a impus o egalitate absolută între valoarea dotei aduse de soție și valoarea donației *propter nuptias* făcute de soț.²³ Această exigență era necunoscută în dreptul roman clasic, regăsindu-se însă în Cutumiariul siro-roman, care arăta că exista o diferență între cutumele din provinciile apusene și capitală, pe de-o parte, și cutumele din provinciile orientale ale imperiului, pe de altă parte. La Constantinopol și în provinciile apusene (ale Imperiului bizantin), egalitatea între aceste două tipuri de liberalități era absolută, pe când în provinciile orientale se considera că soțul trebuie să facă o donație echivalentă cu jumătate din dotă.²⁴

Sub influența ideilor egalitare creștine, treptat, soția nu mai este titulara unui simplu drept de creanță privind dota sa ci devine proprietara acesteia, având un drept de ipotecă, un privilegiu și acțiunea în revendicare. Soțul se transformă din stăpânul dotei (*dominus dotis*) într-un administrator al bunurilor altuia, așa cum este în regimul dotal modern.²⁵

REGIMURILE MATRIMONIALE ÎN EVUL MEDIU TIMPURIU

În vechiul drept germanic de pe teritoriul Franței, femeia care se căsătorea intra sub tutela (*mundium*) soțului său, toate bunurile sale mobile și imobile revenind acestuia, regimul matrimonial fiind asemănător cu regimul roman *cum manus*, soția fiind practic lipsită de personalitate civilă autonomă.²⁶ Dreptul "barbar" germanic din antichitate și Evul mediu

timpuriu admitea existența puterii maritale, care căzuse în deusetudine la Roma deja din epoca imperială. Această putere maritală germanică diferea însă de *manus* din epoca romană, care presupunea puterea absolută a *pater familias* și absorbea complet bunurile și personalitatea femeii, acest *mundium/mainbourg* germanic fiind un simplu drept de tutelă și protecție al soțului asupra femeii, soțul fiind garantul soției sale.²⁷ În epoca feudală, femeia era supusă puterii maritale indiferent de condiția sa socială, atât femeile nobile cât și cele roturiere (persoane libere, fără titluri nobiliare) neputând încheia niciun act juridic civil fără consimțământul soțului său. Toate bunurile femeii, ca de altfel și persoana sa, erau supuse tutelei maritale fără distincție, intrând aici atât bunurile mobile cât și imobile, atât fiefurile cât și alodiile sau imobilele închiriate.²⁸

Soțul putea dispune singur de bunurile mobile și imobile aduse de soția sa, aceasta din urmă neavând posibilitatea de a le revendica de la terți dobânditori.²⁹ Acest regim drastic s-a atenuat în timp, fiind recunoscut soției un drept de a cere separarea totală sau parțială a unor bunuri pe parcursul căsătoriei, iar după dizoluția căsătoriei s-a recunoscut un drept al soției de a redobândi bunurile imobile, în natură sau în echivalent valoric, bunurile mobile rămase și chiar o parte din bunurile achiziționate din economiile făcute în timpul căsătoriei, mergând uneori până la jumătate din acestea sau, mai frecvent, o treime.³⁰

În pofida puterii sale maritale, soțul nu era proprietar al bunurilor soției sale, bunurile ambilor soți formând o universalitate voluntară asupra căreia însă existau drepturi succesoriale ale unor terți.³¹ Soția nu putea aduce niciun fel de modificări acestor bunuri fără acordul soțului, iar dacă aceasta acționa fără acord, soțul se putea opune actelor sale în termen de un an și o zi sau actul nu își producea efecte decât după decesul soțului.³² Soțul putea dispune însă liber de bunurile mobile ale soției aflate în posesia sa, însă nu putea înstrăina bunurile imobile ale soției fără acordul acesteia și a celor mai apropiați moștenitori, în afară de cazul unei nevoi urgente.³³

Aceste drepturi ale soției asupra bunurilor maritale după dizoluția căsătoriei prin moartea soțului au o natură juridică destul de controversată în vechiul drept germanic, putând fi privite ca un simplu câștig de supraviețuire (*douaire*) sau ca o anticipare a comunității matrimoniale de mai târziu.³⁴ Există numeroase argumente în favoarea încolțirii ideii de comunitate matrimonială, printre care testamentele conjunctive ale soților prin care soția lăsa soțului său care i-ar fi supraviețuit treimea din achiziții la care ea avea dreptul, exheredându-i pe ceilalți moștenitori, sau legiurile care îi considerau pe soți, după trei ani de căsnicie, că aveau o comunitate de achiziții, din care soțul avea dreptul la două treimi și soția o treime.³⁵

În epoca galo-francă se păstrasera urmele vechilor obiceiuri, conform cărora soțul cumpăra simbolic *mundium*-ul soției sale, dar prețul își schimbase natura și devenise un avantaj matrimonial pentru femeie, constituit de soț în momentul logodnei, în vederea căsătoriei proiectate, această liberalitate fiind numită *dos* sau *dotalitium*. În ziua următoare nunții, soțul făcea soției un cadou cunoscut sub denumirea germanică de *morgengab* (cadoul dimineții). Treptat s-a încetățenit obiceiul de a promite *morgengab* în același timp cu *dotalitium*, ajungându-se în timp ca cele două avantaje matrimoniale să se confunde sub denumirea de *douaire* (drept de supraviețuire). Aceste liberalități se făceau fie în deplină

proprietate, fie sub forma uzufructului, conform convenției matrimoniale. Aceste liberalități (*douaire*) se făceau de multe ori la "poarta bisericii" (*ad ostium ecclesiae*), fiind numite *oscle/osculum* în vechile cutume, fiind cerute frecvent atât de dreptul canonic cât și de cel laic pentru validitatea căsătoriei. Această liberalitate (*douaire*) era la origini pur convențională, dar treptat s-a format cutuma de a da aceste avantaje deplin drept soției la moartea soțului, chiar și în lipsa unei convenții speciale făcute la momentul logodnei³⁶. Astfel au apărut două tipuri de *douaire*, unul convențional și unul cutumiar. Instituirea "dreptului de supraviețuire" cutumiar a fost atribuită ordonanțelor date de Filip al II-lea și de Ioan fără Țară, dar aceștia nu au făcut probabil decât să consacre obiceiuri preexistente, cutumele salice dând și ele văduvei o treime din bunurile soților cu titlu de *douaire*.³⁷

În lumea galo-germanică, femeia nu avea drepturi succesoriale la averea imobiliară a părinților săi. Iar după căsătorie își pierdea toate drepturile succesoriale. Consacrându-i dreptul la un sfert, o treime sau jumătate din averea soțului după decesul acestuia, i se recunoșea practic dreptul la o cotă-parte corespunzătoare din ansamblul bunurilor matrimoniale. Această cutumă s-a păstrat și atunci când femeia nu a mai fost exclusă de la succesiunile imobiliare, acest regim matrimonial fiind numit comunitate universală și realizând contopirea între două realități diferite: comunitatea matrimonială redusă la mobile și achiziții și drepturile soției supraviețuitoare (*douaire*).³⁸

Drepturile văduvei în dreptul germanic (saxon - *Oglinđa Saxoniei* - *Sachsenspiegel*) erau în legătura cu bunurile aduse de ea ("dota" sa - *maritagium*), care îi rămânea în folosință, ea reluându-și în general bunurile pe care le adusese la căsătorie (*maritagium*), bunurile proprii și mobilele existente. În diverse regiuni și perioade când se aplica dreptul cutumiar germanic, văduvei îi revenea folosința unei treimi din bunurile soțului sau o treime din bunurile asigurate de soț cu titlu de "cadoul dimineții" (*morgengabe*) sau o treime din bunurile achiziționate în timpul căsătoriei, uneori chiar folosința unei jumătăți din bunurile soțului.³⁹

REGIMUL COMUNITĂȚII MATRIMONIALE ÎN EVUL MEDIU

Regimul de comunitate în Franța poate fi privit și ca o creație a Evului mediu. El nu exista ca atare în antichitate, fiind străin dreptului roman și astfel și părții meridionale a Franței cunoscută ca "țara dreptului scris". Regimul de comunitate era specific părții din Franța unde domina dreptul cutumiar, în zona dreptului scris fiind specific regimul dotal. Originea regimului de comunitate a fost pe rând atribuită dreptului roman, dreptului celtic galic (unde, potrivit lui Iulius Caesar, exista comunitate, dar una diferită, unde intra în comunitate dota femeii și o parte egală din bunurile bărbatului, acestea revenind soțului care supraviețuia, împreună cu toate economiile soților) sau a fost privită de Robert Pothier ca o instituție pur feudală, derivată din așa-zisele "societăți tacite" ale șerbilor, cutumele cum erau cele din Beauvoisis, culese de Beaumanoir, prevăzând că bunurile mobile vor deveni comune pentru cei care locuiau împreună mai mult de un an și o zi. Asimilarea dintre societățile tacite și comunitatea

conjugală a fost criticată tocmai pentru că, în cazul comunității conjugale, spre deosebire de societățile tacite, nu era necesară trecerea unei perioade de timp pentru instituirea comunității de bunuri, fiind suficientă celebrarea căsătoriei.⁴⁰

Explicația cea mai credibilă privind originea comunității matrimoniale în Franța ține de influența dreptul germanic și a fost susținută de juriștii Antoine Loysel⁴¹ și Le Brun, chiar dacă nu putea fi integrată complet în "legile barbare" (*Leges Barbarorum*)⁴². "Germenul" comunității matrimoniale din dreptul germanic s-a dezvoltat în evul mediu în cadrul diverselor cutume, ceea ce explică existența sa în cazul burgheziei și a țăranilor liberi (roturieri), în privința cărora nu se putea aplica teoria societăților tacite, aceeași fiind situația cutumelor, cum e vechea cutumă din Bourges, care respingea societățile tacite în general dar acceptau comunitatea matrimonială a soților.⁴³ Deja în secolele al X-lea și al XI-lea, femeia participa la actele juridice încheiate de soț, acționând împreună cu acesta cu privire la toate achizițiile și înstrăinările de bunuri ale soților, femeia devenind astfel "asociata" soțului său. Această comunitate exista în toate clasele sociale, dincolo de societățile tacite care se refereau doar la șerbi.⁴⁴

În vechiul drept germanic, pe durata căsătoriei, soțul era "stăpânul" bunurilor comune, administrând bunurile femeii în baza *mundium*-ului marital (puterea asupra femeii, asemănătoare *manus*-ului roman), putând dispune de toate bunurile mobile, de toate veniturile și de toate achizițiile. Doar la moartea soțului, văduva își redobânda bunurile proprii în starea în care se aflau, intrând aici dreptul de supraviețuire (*douaire*), "cadoul dimineții" (*morgengab*), *gerade* (drept special de redobândire a bunurilor mobile de către soție⁴⁵) și obiectele de uz personal. Văduva mai avea și o cotă-parte din achizițiile făcute în timpul căsătoriei, în cazul francilor această cotă fiind de o treime conform unei capitulare a lui Ludovic cel Pios, celelalte bunuri ale soțului defunct trebuind împărțite cu copiii. Aceste avantaje aparțineau doar soției supraviețuitoare și mai degrabă în calitatea ei de moștenitoare decât ca și o consecință a regimului matrimonial. Toate legiurile barbare prevedeau anumite drepturi patrimoniale pentru văduvă.⁴⁶

Comunitatea matrimonială germanică pornea de la două premise: femeia căsătorită nu avea dotă, nici în accepțiunea romană, nici în cea modernă a conceptului, și nu avea nici drepturi succesoriale⁴⁷, astfel că regimul comunității devenea un imperativ social pentru a compensa aceste lipsuri. Și în cadrul comunității matrimoniale germanice, chiar atunci când "prețul" prin care soțul cumpăra soția a devenit treptat simbolic și ceremonial, soțul continua să remită direct soției o sumă de bani la căsătorie, aceasta fiind "dota" în sens germanic, iar după noaptea nunții exista tradiția de a se face un al doilea cadou de către soț în favoarea soției consacrat sub numele de "cadoul dimineții" sau *morgengab*.⁴⁸

În cutumele medievale franceze nu se întâlnea însă comunitatea matrimonială universală, absolută, care se întâlnea în anumite orașe libere din Germania. În diverse cutume consemnate în scris în regiunile franceze, soțul supraviețuitor putea păstra achizițiile făcute în timpul căsătoriei, mai ales dacă nu existau copii, și putea dispune de ele sau le putea lăsa moștenitorilor săi. În cazul în care existau copii, achizițiile din timpul căsătoriei trebuiau cel mai frecvent împărțite cu aceștia.⁴⁹

În anumite regiuni franceze (Tournai, Arras, Daours, Auvergne, Neuf Brisach în Alsacia), soția avea dreptul în caz de predeces al soțului la o cotă-parte, mergând de la un sfert până la o treime, din bunurile care se găseau în stăpânirea soților în timpul căsătoriei, inițial pentru că, prin căsătorie, era exclusă de la moștenirea imobiliară a rudelor sale, iar ulterior în virtutea obiceiului împământenit anterior.⁵⁰

Sistemul comunității matrimoniale s-a propagat între orașele franceze, trecând de la unul la altul și fiind privit ca un privilegiu pe care îl reclama burghezia din toate orașele. În secolul al XIII-lea, acest regim matrimonial s-a generalizat, fiind menționat în toate culegerile de cutume ale epocii, și aplicându-se atât nobililor cât și țăranilor liberi.⁵¹

Datorită influenței regimului feudelor, au apărut clauze restrictive de comunitate în convențiile matrimoniale. Marea nobilime modifica dreptul comun printr-o serie de dispoziții speciale, făcute cu scopul de a păstra bunurile în familie și a asigura conservarea averii marilor familii nobiliare. Aceste clauze din convențiile matrimoniale trebuiau respectate chiar împotriva prevederilor cutumelor, existând o mare libertate a convențiilor matrimoniale, mai ales în cazul familiilor din marea nobilime.⁵²

Pe lângă normele introduse în regimul conjugal de influența feudală, trebuie semnalate și cele provenite din cutumele țăranilor liberi (roturieri). Majoritatea cutumelor prevedeau că regimul de comunitate matrimonială începea o dată cu binecuvântarea nupțială, dar anumite cutume (din Grand-Perche de Lodunois, Maine, Anjou și Bretagne) admiteau comunitatea de bunuri mobile și de achiziții a soților doar după ce aceștia locuiau împreună timp de un an și o zi, alte cutume (din Dreux, Chartres și Châteauneuf) păstrând această cerință, dar doar pentru cei aflați la prima căsnicie. Aceste cutume restrictive asimilau practic o comunitate matrimonială cu societatea tacită a șerbilor, care presupunea și ea locuirea împreună timp de un an și o zi.⁵³

Regimul matrimonial din zonele cutumiare ale Franței pornește de la ideea de putere maritală, soțul fiind un fel de "tutore" al soției sale și "stăpân" al comunității matrimoniale, el putând dispune liber de bunurile din comunitate în timpul căsătoriei. Drepturile femeii asupra comunității matrimoniale nu deveneau efective decât la dizoluția acesteia, spre deosebire de societățile tacite antemenționate, unde toți "asociații" sunt "coproprietari" și au aceleași drepturi. În toate zonele cutumiare, soții își redobândeau la dizoluția căsătoriei bunurile pe care le aduseseră la încheierea acesteia. Comunitatea matrimonială tipică din Franța în epoca medievală se compunea în general din bunurile mobile, din achiziții și din fructele bunurilor, fiind o comunitate redusă la bunuri mobile și achiziții⁵⁴, soților rămânându-le ca bunuri proprii, în principal, moștenirile.⁵⁵

În secolele al XVI-lea - al XVII-lea, vechiul sistem al comunității conjugale se schimbă în favoarea femeii, care nu mai era ținută să răspundă de datoriile comunității decât în limita emolumentului său. Privilegiul de a renunța la comunitate fusese rezervat până atunci doar soților de nobili, mai ales în considerarea ipotezei-tip a unei văduve nobile rămasă cu datoriile, după decesul soțului într-o cruciadă sau într-o alta călătorie în străinătate.⁵⁶ Extinderea privilegiilor femeii nobile la femeile burgheze s-a făcut în paralel cu generalizarea regimului comunității matrimoniale și în privința nobilimii, care îl respinsese vreme îndelungată în

anumite ținuturi. S-a înlăturat astfel dreptul soțului nobil supraviețuitor de a lua toate bunurile mobile atunci când nu avea copii. A rămas însă aplicabilă uzanța ca soțul supraviețuitor dintr-o familie nobilă să păstreze bunurile mobile cele mai prețioase.⁵⁷

Rigiditatea dreptului feudal a avut ca efect paradoxal să întărească drepturile femeii asupra comunității matrimoniale, recunoscându-i-se calitatea de coproprietară asupra bunurilor achiziționate de soț în timpul căsătoriei. În mod normal, pentru schimbarea vasalului se plătea o taxă în favoarea seniorului feudal. Drepturile de "mutație" nu erau însă datorate în cazul acceptării beneficiului comunității de către soție, nici în cazul partajării achizițiilor făcute în comun de soți, întrucât femeia era considerată, de la momentul dobândirii bunului, ca fiind proprietara părții ce i se atribuia prin partajul succesoral, acesta având un caracter declarativ. Dreptul de dispoziție exercitat de soț asupra achizițiilor nu afecta astfel dreptul de proprietate al femeii asupra a jumătate din acestea de la momentul dobândirii lor. Tot astfel, văduva beneficiară a unei dote era exceptată de la a plăti "răscumpărarea" (*relief*) pentru dreptul său de supraviețuire (*douaire*).⁵⁸

REGIMUL DOTAL MEDIEVAL

Regimul dotal în Franța medievală era de inspirație romană și pornea de la premisa că tatăl trebuia să constituie o dotă pentru fiica sa și această dotă trebuia protejată⁵⁹. Regimul dotal roman apăruse într-un context de fragilitate a legăturii conjugale și de frecvență crescută a divorțurilor, femeia măritată nefiind privită ca o "asociată" a soțului său și interesele lor fiind separate cu grijă.⁶⁰

În Franța meridională, unde predomina dreptul scris de sorginte romană, regimul matrimonial nu a fost modificat fundamental de feudalism, aplicându-se în continuare regimul dotal și în privința fiefurilor, aporturile soților fiind reglementate de dreptul roman. În secolul al XI-lea și al XII-lea, nobilii dăruiau fiicelor lor cu titlu de dotă atât fiefuri cât și alodii. Soțul dăruia la rândul său viitoarei sale soții, cu titlu de *dotalitium* sau *sponsalium*, orașe, castele sau fiefuri în beneficiul ei sau al copiilor care urmau să se nască din căsătorie. După cucerirea provinciilor sudice în secolele al XIII-lea - al XIV-lea, dreptul roman și al său regim dotal supraviețuiesc, marea nobilime venită din nord adoptându-le de la populația cucerită. *Dotalitium*-ul nu includea întotdeauna terenuri sau castele, dar uneori soțul se angaja să asigure cu acest titlu o rentă fixă, provenind de la un domeniu pe care îl avea deja sau pe care urma să îl cumpere.⁶¹

În epoca feudală se păstrase vechiul regim dotal roman clasic de inalienabilitate relativă a dotei (fără consimțământul soției), reglementat odinioară de legea *Iulia de adulteriis*, și nu se adoptase încă sistemul bizantin de inalienabilitate absolută a dotei. În secolul al XI-lea, soțul putea încă să înstrăineze bunurile dotale, cu acordul soției sale. Sistemul bizantin al împăratului Iustinian a fost însă mai târziu adoptat treptat și în sudul Franței⁶², inalienabilitatea relativă a dotei rămânând să se aplice în Normandia (zonă cutumiară care aplica regimul dotal roman, influența romană venind pe filieră vizigotă) și la Toulouse, până chiar la intrarea în vigoare a Codului civil napoleonian⁶³.

Dota putea să cuprindă fie toate bunurile femeii măritate, fie doar o parte din acestea, în acest din urmă caz, bunurile femeii care nu făceau parte din dotă fiind numite *parafernale* și aflându-se în general sub controlul și în folosința soției.⁶⁴ Regimul roman clasic al dotei prevedea că bunurile dotale treceau în proprietatea soțului, soția având un drept de creanță la restituirea dotei în caz de divorț și, ulterior, și în caz de predeces al soțului.⁶⁵

Inalienabilitatea dotei a fost asigurată prin aplicarea în vechiul drept francez a *senatus-consultului Velleian*, datând din vremea împăraților Claudius și Vespasian, modificat de împăratul Iustinian, care interzicea femeii măritate să se oblighe pentru altul sau în interesul altuia, în primul rând fiindu-i interzis să se oblighe în interesul soțului său.⁶⁶

Sudul Franței, după invaziile germanice din secolul al VI-lea, a fost izolat multă vreme de evoluțiile dreptului roman din Imperiul de răsărit și de reformele lui Iustinian. În "țara dreptului scris" s-a păstrat multă vreme dreptul roman clasic, sintetizat de conducătorii germanici în culegeri cum sunt *Breviarum Alarici* pentru supușii lor galo-romani, care nu făceau decât să reia Codul Theodosian și scrierile jurisconsultilor Gaius, Paul, Ulpian și Papinian.⁶⁷ Astfel, dota era necesară în vederea căsătoriei și trebuia constituită de tată, soțul făcea și el viitoarei soții, înainte de nuntă, o donație numită *sponsalitia (donatio ante nuptias)*, se păstrasera regulile străvechi romane privind administrarea și conservarea dotei de către soț, cazurile de restituire sau de păstrare a bunurilor dotale de către soț sau a donației *ante nuptias* de către soție.⁶⁸

Abia din secolul al XI-lea se poate detecta o racordare cel puțin parțială a dreptului roman din sudul Franței la evoluțiile aduse de reformele lui Iustinian, în *Exceptiones Petri legum Romanarum* de la mijlocul aceluși secol dota nemaifiind necesară pentru validitatea căsătoriei, înstrăinarea imobilelor neevaluate fiind interzisă chiar cu acordul soției.⁶⁹ În aceasta culegere medievală se prevede că soțul putea totuși înstrăina bunurile mobile și imobilele dotale evaluate chiar fără acordul soției, că dota revenea soțului la moartea soției în deplină proprietate dacă nu aveau copii și sub formă de uzufruct și o cotă virilă dacă aveau copii, că donația *propter nuptias* trebuia să fie egală cu dota, femeia care se recăsătorea în anul de doliu urmând a fi declarată infamă și a pierde donația *propter nuptias*.⁷⁰ Dota conferea soției o ipotecă tacită asupra bunurilor soțului din ziua convenției matrimoniale, fără a avea preferință față de creditorii anteriori ai acestuia, iar soția putea să-și înstrăineze bunurile parafernale (extradotale) fără acordul soțului, donațiile între soți fiind permise doar pentru constituire de dotă sau pentru nuntă.⁷¹

REGIMURILE PREMODERNE DE SEPARAȚIE DE BUNURI

În Franța medievală, regimurile de separație de bunuri erau atipice, cu excepția regimului dotal care este în realitate și el un regim separatist *sui generis*⁷², și se puteau datora unei separații judiciare, unei convenții matrimoniale de separație de bunuri sau regimului fără comunitate.

Separția de bunuri propriu-zisă era văzută în epoca medievală ca un remediu și o contrapondere la regimul comunității, destinat să urmeze o comunitate matrimonială și să-i remedieze deficiențele.⁷³

Separția de bunuri judiciară era de regulă accesorie unei separări de corp, în spiritul *Decretalelor* Papei Grigore al IX-lea, dar începând cu secolul al XII-lea au apărut și separări de bunuri judiciare autonome, care nu implicau și separarea de corp, soția cerându-și "dreptul de supraviețuire" (*douaire*) de la soțul încă în viață pe motiv de proastă administrare a bunurilor comune de către acesta din urmă, această împrejurare fiind prevăzută explicit în legiurile din Ierusalim (*Assises de Jérusalem*). În secolul al XIV-lea se înregistrau separări amiabile de bunuri, aprobate de Parlamentul din Paris.⁷⁴

Separția de bunuri putea rezulta însă și din prevederile convenției matrimoniale, în a doua jumătate a secolului al XIV-lea, la Paris, fiind înregistrate convenții matrimoniale în care apărea explicit că soției îi reveneau doar bunurile pe care le-a adus și nimic în plus.⁷⁵ Această separție de bunuri putea însemna, în funcție de regiune și cutuma aplicabilă, că soția putea să se oblige singură sau că nu putea să-și asume obligații fără acordul soțului.⁷⁶ Părerea majoritară era că, în cazul separției de bunuri propriu-zise, soția își administra bunurile proprii și putea să contracteze și să-și asume obligații legate de simpla administrare a bunurilor singură, fără acordul soțului, dar că, în general, nu putea să înstrăineze sau să își ipotecheze bunurile fără autorizarea soțului.⁷⁷ Existau însă și excepții, în Bourgogne fiindu-i acordat femeii de către tribunal dreptul de înstrăinare în caz de separție judiciară de bunuri, iar în Hainaut și Montargis existând cutume favorabile dreptului de dispoziție al femeii măritate în caz de separție de bunuri.⁷⁸

În ceea ce privește posibilitatea ca, prin convenția matrimonială cu prevederi de separare de bunuri, să fie acordată femeii măritate o autorizație generală de a-și înstrăina liber bunurile pe toată durata căsătoriei, aceasta nu a fost acceptată decât în Flandra și în Berry, doctrina juridică prerevoluționară și chiar Codul civil din 1804 fiindu-i ostile, în pofida tendințelor liberale ale practicii.⁷⁹

Regimul fără comunitate, păstrat și în Codul civil francez din 1804, se regăsea mai ales în regiunea Toulouse din sudul Franței, unde se stipula frecvent în convențiile de constituire de dotă că părțile excludeau explicit existența oricărei comunități matrimoniale⁸⁰. Această clauză accesorie a ajuns să se păstreze în convențiile matrimoniale, în virtutea obișnuinței, chiar în lipsa constituirii de dotă. În acest regim matrimonial de tip separatist, soția nu avea dreptul de administrare a bunurilor proprii și nu putea să contracteze sau să se oblige fără acordul soțului său.⁸¹

REGIMURILE MATRIMONIALE MODERNE DIN CODUL CIVIL NAPOLEONEAN DE LA 1804

Codul civil napoleonean de la 1804 a instituit regimul comunității matrimoniale ca și regim de drept comun în întreaga Franță, permițând totuși soților să adopte un alt regim

matrimonial sau să modifice regimul legal supletiv prin convenții derogatorii. Derogările erau totuși limitate, în forma inițială a Codului civil francez, la a nu aduce atingere drepturilor bărbatului ca șef al comunității matrimoniale sau drepturilor conferite de puterea părintească soțului supraviețuitor, precum și ordinii legale a succesiunii. Noul cod civil francez interzicea soților să supună regimul lor matrimonial cutumelor sau statutelor locale abolite de cod și urmărea să împiedice derogările de la lege făcute într-un scop aristocratic.⁸²

Regimul comunității legale din Codul civil francez a fost împrumutat din vechiul drept cutumiar, mai ales din Cutuma din Paris, care era cutuma dominantă printre cele peste șazeci de cutume existente.⁸³ Codul a păstrat distincția cutumiară între bunurile proprii și achiziții, între bunurile mobile și imobile. Toate achizițiile din timpul căsătoriei fac parte din comunitate și se împart în mod egal între soți, bineînțeles în lipsa unei convenții matrimoniale contrare. Soții pot stipula o clauză de preciput, clauză care să permită soțului supraviețuitor să păstreze o anumită sumă înainte de partajul succesoral sau o parte mai mare din comunitate sau chiar întreaga masă a bunurilor comune. Soția este protejată împotriva proastei gestionări de către soț a bunurilor comunității prin soluțiile consacrate de jurisprudența anterioară în ce privește preluarea părții sale din bunurile comun, plata datoriilor comune și dreptul de a renunța la comunitate (art. 1428, 1453, 1471, 1483 C.civ. fr.).⁸⁴

Codul civil de la 1804 abolise însă acel *douaire*, întrucât acesta era privit ca o modalitate particulară de succesiune în favoarea văduvei. Donațiile erau permise între soți dar erau revocabile, conform soluției clasice din dreptul roman. Legislația civilă franceză modernă interzicea donațiile reciproce între soți, spre deosebire de dreptul cutumiar anterior, iar cotitatea disponibilă era limitată, în cazul unei a doua căsătorii, la cel mult echivalentul părții celei mai mici a unui copil și nu mai mult de un sfert din bunuri, fiind interzise donațiile indirecte sau deghizate care ar fi urmărit ocolirea acestei prohibiții.⁸⁵

Regulile regimului dotal din art. 1540-1581 C.civ.fr. din 1804 nu au deloc un caracter inovator, fiind pur și simplu consacrarea reglementărilor dreptului roman așa cum fusese acesta înțeles în regiunile dreptului scris. Art. 1559 C.civ.fr. din 1804 a introdus chiar reglementări noi ale dreptului roman, neacceptate anterior în Franța, privind posibilitatea schimbului unui imobil dotal, cu acordul soției, cu un alt imobil echivalent care se va include în dotă, aceste prevederi romane nefiind acceptate sub regimul prer evoluționar (*ancien régime*), întrucât rațiunile reglementării romane erau străine acelei epoci dar și-au redobândit actualitatea în contextul postrevoluționar.⁸⁶

REGIMURILE MATRIMONIALE ÎN CODUL CIVIL ROMÂN DIN 1864

Sub imperiul reglementărilor din Codul civil român de la 1864, efectele căsătoriei erau radical diferite de cele de azi. Unul dintre cele mai importante efecte ale căsătoriei era incapacitatea femeii măritate, ceea ce însemna că pentru toate actele de o anumită importanță pe care vroia să le facă asupra averii sale, femeia căsătorită avea nevoie de

autorizația soțului sau a justiției, putând încheia singură doar acele acte juridice determinate expres de lege și care aveau o importanță mai redusă.⁸⁷

Deși art. 1224 C. civ. din 1864 prevedea că „*verice convențiuni matrimoniale sunt libere între soți*”, această libertate de alegere a regimului matrimonial era totuși îngrădită de același articol, care preciza că sunt interzise „*convențiunile care vatămă drepturile bărbatului de cap al familiei sau de cap al asociațiunii conjugale*”.

Drepturile bărbatului de cap al familiei decurgeau din așa numita putere maritală, reglementată ca un efect al căsătoriei. Astfel, art. 194 C. civ. din 1864 impunea soților „*credință, sprijin și ajutor unuia față de altul*”, ceea ce e aproape identic cu obligațiile actuale de fidelitate, sprijin moral și material reciproc. Inegalitatea ce rezultă din puterea maritală este mai pregnantă în articolul 195 C. civ., care prevedea că bărbatul datorează „*protecție*” femeii, iar femeia datorează „*ascultare*” bărbatului. Pe aceeași linie de natură patriarhală continuă art. 196 C. civ. din 1864, care prevedea că femeia e datoare să locuiască cu bărbatul său și să-l urmeze, iar bărbatul trebuia să o primească și să-i înlesnească traiul. Aceste prevederi ale legii care reglementau, în principal, efectele nepatrimoniale ale căsătoriei, erau imperative și nu puteau fi modificate prin contractul de căsătorie, orice prevedere contractuală în acest sens fiind nulă.

Un regim matrimonial reprezintă un ansamblu de reguli care guvernează raporturile patrimoniale ce se nasc din căsătorie.⁸⁸ Capacitatea femeii măritate varia în funcție de regimul matrimonial adoptat, legea interzicând însă stipularea unei capacități absolute a femeii măritate sau a unei incapacități absolute a acesteia, ceea ce ar fi însemnat incapacitatea de a se obliga chiar cu autorizarea bărbatului sau a justiției.

Efectele patrimoniale ale căsătoriei erau și ele deosebit de severe pentru femeie. Art. 197 C. civ. din 1864 prevedea că femeia nu putea porni judecată fără autorizarea bărbatului ei, chiar și atunci când era comerciantă. Art. 199 C. civ. definește mai departe incapacitatea femeii măritate, arătând că „*femeia având chiar parafernă* (bunuri proprii ale femeii, care nu fac parte din dotă, și asupra cărora femeia căsătorită exercită administrarea și folosința) *nu o poate da, înstrăina, ipoteca, nu poate dobândi avere cu titlu oneros sau gratuit, fără concursul bărbatului la facerea actului, sau prin deosebit consimțământ înscris*”.⁸⁹

Datorită libertății convențiilor matrimoniale, raporturile patrimoniale dintre soți puteau fi reglementate, teoretic, într-o infinitate de moduri. Cu toată această diversitate, regimurile matrimoniale puteau fi totuși clasificate în patru categorii principale: regimul separației de bunuri, regimul comunității de bunuri, regimul fără comunitate și regimul dotal. În România se întâlneau în practică doar regimul separației și cel dotal, acesta din urmă fiind și singurul reglementat în detaliu de Codul civil⁹⁰, reglementări ce aveau doar un caracter supletiv, pentru cazul în care părțile alegeau acest regim fără a detalia regulile ce le vor urma.⁹¹

Regimul separației de bunuri era regimul de drept comun⁹², deoarece se aplica în situația în care nu se încheia nici o convenție matrimonială⁹³. Exista posibilitatea ca acest regim să fie ales expres prin convenție, caz în care se putea ajusta acest regim după nevoie, fără a se putea însă încălca normele imperative ale legii cum erau cele privind incapacitatea femeii măritate.

În acest regim matrimonial, bunurile prezente și viitoare ale fiecărui soț erau total separate de bunurile celuilalt soț, fiecare păstrând asupra patrimoniului său drepturile pe care le avea înainte de căsătorie: administrarea, folosința și libera dispoziție asupra averii sale (art. 1285 C. civ. din 1864).⁹⁴ Acest regim era cel mai favorabil femeii, deoarece era singurul regim matrimonial în care femeia păstrează dreptul exclusiv de a-și administra și folosi bunurile.⁹⁵ Femeia aflată în această situație trebuia totuși să dea, din veniturile averii sale, o sumă drept contribuție la sarcinile căsătoriei, cuantumul sumei putând fi fixat prin contractul de căsătorie sau, dacă nu a fost fixat prin contract, acest cuantum era fixat în raport de mijloacele ambilor soți⁹⁶, fiind în principiu o treime din venituri.⁹⁷

Regimul comunității de bunuri nu era întâlnit în practică în România înaintea intrării în vigoare a Codului familiei în 1954, în acel regim totalitatea sau o parte a bunurilor soților alcătuiind, pe timpul căsătoriei, o masă comună ce aparținea soților în coproprietate și care era administrată, cu puteri foarte largi, de către bărbat. Acest regim matrimonial se întâlnea, în perioada interbelică, sub forma comunității universale de bunuri în Germania, Elveția și rar în Franța, iar sub forma comunității de mobile și achiziții sau a comunității reduse la achiziții era foarte răspândită în Franța, unde comunitatea de mobile și achiziții reprezenta regimul de drept comun.⁹⁸

Regimul fără comunitate era regimul de drept comun al Elveției și al Germaniei în perioada interbelică. În acest regim nu existau bunuri comune, soții rămânând proprietari deplin ai bunurilor lor prezente și viitoare. Acest regim era însă foarte dezavantajos pentru femeia măritată, deoarece bărbatul avea dreptul de a administra și folosi toate bunurile ambilor soți.⁹⁹

Regimul dotal era regimul matrimonial reglementat expres în Codul civil român din 1864. În acest regim, fiecare soț păstra, în principiu, proprietatea exclusivă a bunurilor sale, neexistând o masă de bunuri comune ale soților. Deosebirea față de regimul separației de bunuri era dată de faptul că o parte a bunurilor femeii constituia dota sau zestrea, aceste bunuri fiind administrate și folosite de bărbat¹⁰⁰, ca și în regimul fără comunitate. Bunurile femeii care nu făceau parte din dotă alcătuiau *paraferna*, care era administrată și folosită de femeie ca și în cazul regimului separației de bunuri.¹⁰¹

Dota era alcătuită din bunuri pe care femeia și le constituia singură drept dotă și din bunuri date femeii de către un terț prin contractul de căsătorie, precum și din bunuri subrogate în timpul căsătoriei unor bunuri dotale anterioare.¹⁰² Dota nu putea fi constituită sau mărită în timpul căsătoriei, art. 1236 C. civ. din 1864 agravând și extinzând astfel principiul imutabilității convențiilor matrimoniale.¹⁰³

Principala caracteristică a regimului dotal, care îl diferenția de celelalte regimuri matrimoniale, era inalienabilitatea dotei imobiliare¹⁰⁴, cea mai importantă dar nu singura garanție pe care Codul civil din 1864 o instituia spre a asigura păstrarea dotei prin îngăduirea drepturilor bărbatului asupra acesteia.¹⁰⁵ Imobilele dotale nu puteau fi înstrăinate sau ipotecate, nu puteau fi urmărite de creditori și erau imprescriptibile achizitiv sau extinctiv.¹⁰⁶ Art. 1252 C. civ. din 1864 permitea înstrăinarea imobilelor dotale, dacă acest lucru era admis de contractul de căsătorie, iar alte prevederi legale permiteau înstrăinarea acestor imobile

pentru motive expres prevăzute de lege, cum erau: procurarea de alimente familiei, căpătuirea copiilor, scoaterea din închisoare a unuia dintre soți, pentru a plăti datoriile femeii sau ale înzeștrătorului anterioare căsătoriei etc.¹⁰⁷

Art. 1256 C. civ. din 1864 permitea femeii să ceară, în anumite condiții, separația de patrimonii, ceea ce avea ca efect sustragerea dotei de sub administrarea și folosința bărbatului. Separația de patrimonii era judecătorească și putea fi cerută atunci când situația sau actele bărbatului erau de natură a periclita dota: era insolubil, administra rău bunurile sau rispea dota.¹⁰⁸ În urma separației, femeia dobânda libera administrare și folosință a bunurilor dotale, dar acestea nu-și pierdeau caracterul dotal, imobilele dotale rămând în continuare inalienabile, imprescriptibile și insesizabile.¹⁰⁹

Dota trebuia restituită de bărbat sau de moștenitorii acestuia când căsătoria se desfăcea prin divorț sau înceta prin moartea unui soț, când femeia obținea separația de patrimonii, când bărbatul era insolubil, când unul dintre soți era dispărut și moștenitorii săi obțineau punerea provizorie în posesia bunurilor.¹¹⁰

Pentru a garanta femeii restituirea dotei mobiliare, care nu era inalienabilă, Codul civil instituie o ipotecă legală, neprivilegiată, specială și supusă inscripțiunii, asupra unor imobile ale bărbatului, atâtea câte erau necesare pentru siguranța dotei. Ipoteca legală garanta doar dota alienabilă, iar femeia nu putea renunța la această ipotecă legală.¹¹¹

Acest regim matrimonial era răspândit în perioada interbelică mai ales în țările latine, în Italia fiind regimul matrimonial legal, iar în România fiind destul de răspândit.

Convențiile matrimoniale trebuiau făcute prin tribunal, mai înainte de încheierea căsătoriei. Sancțiunea lipsei de formă autentică a contractului de căsătorie era nulitatea absolută.¹¹² Conform art. 708 din Codul de procedură civilă din 1864, orice contract de căsătorie, convenție matrimonială sau foaie dotală trebuiau transcrise cuvânt cu cuvânt într-un registru special, ținut la grefa fiecărui tribunal județean. Scopul acestei publicități era informarea terților asupra situației juridice a bunurilor soților pentru a-i proteja de fraudă.

Alte măsuri complementare de publicitate a convențiilor matrimoniale erau prevăzute de art. 712 C. pr. civ. din 1864, care impunea transcrierea actului de dotă imobiliară în registrul de mutații al locului situării imobilelor, și de art. 61-62 C. civ. din 1864, care obliga pe ofițerul de stare civilă care celebra căsătoria să îi întrebe pe viitorii soți și pe cei care autorizau căsătoria dacă s-a încheiat vreun contract de căsătorie, iar în caz afirmativ să treacă în actul de încheiere a căsătoriei data contractului și autoritatea care l-a autentificat.¹¹³

Convențiile matrimoniale erau imutabile, ele trebuind făcute înainte de celebrarea căsătoriei și nemaiputând fi modificate după încheierea acestora. Rațiunea imutabilității era ocrotirea unor terți interesați de efectele contactului de căsătorie, cum ar fi copiii născuți din căsătorie, familiile soților sau creditorii. Convențiile matrimoniale aveau caracterul unor veritabile pacte de familie, încheiate cu contribuția decisivă a părinților soților, și prin posibilitatea modificării contractului doar prin voința soților s-ar fi nesocotit voința celorlalți participanți la pact. Se mai argumenta în doctrina vremii că imutabilitatea o ocrotea pe femeie

în fața presiunilor pe care le-ar fi făcut bărbatul pentru modificarea convenției, situație ce ar fi dus fie la dezavantaje patrimoniale pentru femeie, fie la distrugerea armoniei căsniciei dacă femeia nu ceda insistențelor soțului.¹¹⁴

Contractul de căsătorie nu putea fi afectat de modalități. Art. 1232 C. civ. din 1864 interzicea stipularea unui termen sau a unei condiții suspensive, iar un termen extinctiv sau o condiție rezolutorie ar fi însemnat alegerea unui regim matrimonial ce s-ar fi schimbat, la împlinirea modalității, în regimul de drept comun al separației de bunuri, ceea ce ar fi încălcat indirect principiul imutabilității convențiilor matrimoniale.¹¹⁵

CONCLUZII

Regimurile matrimoniale contemporane din România: regimul legal al comunității restrânse la achiziții, regimul separației de bunuri cu sau fără participație la achiziții și regimul comunității convenționale își au originile istorice în dreptul roman și în dreptul cutumiar francez, primele regimuri de separație de bunuri și regimurile de comunitate de achiziții cu o influență sesizabilă asupra dreptului contemporan apărând în aceste contexte istorice. Situația actuală a regimurilor matrimoniale pare însă că nu mai are nicio legătură cu regimurile din vechime datorită îmbunătățirii considerabile a statutului juridic al femeii măritate, care nu se mai află în niciun fel în vreo situație de inferioritate juridică față de soțul său, și datorită luării în considerare a familiei în înțelesul său restrâns, "nuclear", de soți și copiii lor minori, fără preocupările dinastice și dotale ale vremurilor trecute.

Credem însă că demersurile de cunoaștere a istoriei relevante a dreptului nu sunt lipsite de importanță practică, cultura juridică neputându-se limita la dreptul pozitiv, întrucât rațiunile profunde și mecanismele de funcționare ale unor instituții juridice pot fi cel mai bine decelate pe fundalul mai larg al istoriei universale a dreptului întrucât, în cuvintele Ecclesiastului: *Ceea ce a mai fost, aceea va mai fi, și ceea ce s-a întâmplat se va mai petrece, căci nu este nimic nou sub soare.*

* Asistent, UBB Cluj-Napoca, avocat, Baroul Cluj; marius_floare@yahoo.com.

¹ P. Vasilescu, *Regimuri matrimoniale*, Ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 70

² A se vedea E. Florian, *Dreptul familiei*, Ediția a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 79

³ A. Loysel, *Institutes coutumières (Nouvelle édition revue, corrigée et augmentée)*, Tome premier, Durand, Paris, 1846, p. 167

⁴ Pentru accepțiunea largă a noțiunii de regim matrimonial, a se vedea și P. Vasilescu, op. cit., pp. 20-21

⁵ Ch. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, Joubert, Paris, 1842, p. 285-286

⁶ A se vedea P. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte velléien*, Deuxième édition, L. Larose et Forcel, Paris, 1885

⁷ A. Watson, *The Evolution of Western Private Law - Expanded Edition*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 2001, pp. 11-13

- ⁸ J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. II, Oxford University Press, New York, 1901, pp. 786-789; V. Hanga, *Drept roman*, Ed. a VIII-a, Editura Argonaut, Cluj-Napoca, 1999, pp. 124-125
- ⁹ L. Guillaouard, *Traité du contrat de mariage*, Tome premier, Troisième édition, Ed. A. Pedone, Paris, 1894, p. 20
- ¹⁰ Idem, pp. 20-21
- ¹¹ Idem, pp. 22-23, V. Hanga, op. cit., p. 128
- ¹² L. Guillaouard, op. cit., pp. 23-24
- ¹³ Idem, pp. 24-25, V. Hanga, op. cit., p. 128
- ¹⁴ L. Guillaouard, op. cit., pp. 25-26; V. Hanga, op. cit., pp. 128-129
- ¹⁵ L. Guillaouard, op. cit., pp. 26-27
- ¹⁶ V. Hanga, op. cit., p. 130
- ¹⁷ J. Bryce, op. cit., pp. 794-798
- ¹⁸ Ibidem
- ¹⁹ J. Bryce, op. cit., p. 797-798, V. Hanga, op. cit., p. 128
- ²⁰ J. Bryce, op. cit., p. 803
- ²¹ Idem, pp. 803-805
- ²² J. Bryce, op. cit., p. 806
- ²³ P. Gide, op. cit., p. 190
- ²⁴ P. Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien*, Tome Premier, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1912, pp. 145-146
- ²⁵ P. Gide, op. cit., pp. 190-191
- ²⁶ L. Guillaouard, op. cit., p. 28
- ²⁷ G. d'Espinay, *La féodalité et le droit civil français*, Imprimerie de P. Godet, Saumur, 1862, pp. 169-170
- ²⁸ Idem, p. 170
- ²⁹ L. Guillaouard, op. cit., p. 29
- ³⁰ Ibidem
- ³¹ J. F. von Schulte, *Histoire du droit et des institutions de l'Allemagne*, traduit et annoté sur la 5e édition par Marcel Fournier, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1882, pp. 498-499
- ³² Idem, pp. 499-500
- ³³ Ibidem
- ³⁴ A se vedea L. Guillaouard, op. cit., pp. 29-32
- ³⁵ Idem, pp. 30-32
- ³⁶ A. Loysel, op. cit., pp. 167-170
- ³⁷ G. d'Espinay, op. cit., pp. 170-171
- ³⁸ P. Viollet, *Histoire du droit civil français - accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Seconde édition, L. Larose & Forcel, Éditeurs, Paris, 1893, pp. 774-775
- ³⁹ J. F. von Schulte, op. cit., pp. 500-501
- ⁴⁰ G. d'Espinay, op. cit., pp. 179-180
- ⁴¹ A se vedea A. Loysel, op. cit., pp. 148-149
- ⁴² Așa-zisele "legi barbare" (*leges Barbarorum*) se referă la culegerile de legiuri ale diverselor popoare germanice (franci salieni, franci ripuari, burgunzi, vizigoți etc.) din Evul mediu timpuriu, de aplicație personală, scrise în latină și influențate în diverse grade de dreptul roman

- ⁴³ G. d'Espinay, op. cit., p. 180
⁴⁴ Ibidem
⁴⁵ L. Guillaouard, *Traité du contrat de mariage*, Tome premier, Troisième édition, Ed. A. Pedone, Paris, 1894, p. 32
⁴⁶ Ibidem
⁴⁷ P. Viollet, op. cit., p. 773
⁴⁸ Idem, p. 774
⁴⁹ G. d'Espinay, op. cit., pp. 181-182
⁵⁰ P. Viollet, op. cit., p. 775
⁵¹ G. d'Espinay, op. cit., pp. 183-184
⁵² Idem, pp.186-187
⁵³ Idem, p. 189
⁵⁴ P. Viollet, op. cit., pp. 776-777
⁵⁵ G. d'Espinay, op. cit., pp.190-191
⁵⁶ A. Loysel, op. cit., pp. 149-151
⁵⁷ G. d'Espinay, op. cit., p. 389
⁵⁸ Idem, p. 393
⁵⁹ P. Viollet, op. cit., p. 795
⁶⁰ Ibidem
⁶¹ G. d'Espinay, op. cit., pp. 191-192
⁶² G. d'Espinay, op. cit., pp. 191-192; P. Viollet, op. cit., pp. 796-797
⁶³ P. Viollet, op. cit., p. 797-798
⁶⁴ Idem, pp. 795-796
⁶⁵ Idem, p. 796
⁶⁶ Idem, p. 798
⁶⁷ Ch. Ginoulhiac, op. cit., pp. 114-115
⁶⁸ Idem, pp. 115-116
⁶⁹ Idem, pp. 123-124
⁷⁰ Idem, pp. 124-125
⁷¹ Idem, pp. 125-126
⁷² P. Viollet, op. cit., p. 804
⁷³ Idem, p. 789
⁷⁴ Idem, pp. 789-790
⁷⁵ Ibidem
⁷⁶ Idem, p. 790-791
⁷⁷ P. Viollet, op. cit., pp. 791-792; A. Loysel, op. cit., pp. 160-161, 380
⁷⁸ P. Viollet, op. cit., p. 792
⁷⁹ Idem, pp. 792-793
⁸⁰ P. Bressolles, *Les régimes matrimoniaux actuellement pratiqués dans le pays Toulousain*, 1880, p. 21 *apud* P. Viollet, op. cit., p. 791
⁸¹ Ibidem
⁸² G. d'Espinay, op. cit., pp. 458-459; A. Watson, op. cit., p. 11

- ⁸³ A. Watson, op. cit., p. 12
- ⁸⁴ G. d'Espinay, op. cit., pp. 459-460
- ⁸⁵ Idem, pp. 458-461
- ⁸⁶ A. Watson, *The Evolution of Western Private Law - Expanded Edition*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 2001, p. 11
- ⁸⁷ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, „Tratat de drept civil român”, Ed. „Națională” S. Ciornei, București, 1928, vol. III, pag. 68
- ⁸⁸ Idem, p. 1
- ⁸⁹ Idem, p. 69
- ⁹⁰ I.P. Filipescu, „Tratat de dreptul familiei”, Editura All, București, 1993, p. 73
- ⁹¹ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., pp. 2-4
- ⁹² Idem, p. 3
- ⁹³ I.P. Filipescu, op. cit. 1993, p. 73
- ⁹⁴ Ibidem
- ⁹⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., p. 2
- ⁹⁶ Idem, pp. 93-94
- ⁹⁷ I.P. Filipescu, op. cit. 1993, p. 73
- ⁹⁸ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., p. 3
- ⁹⁹ Ibidem
- ¹⁰⁰ I.P. Filipescu, op. cit. 1993, p. 73
- ¹⁰¹ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., pp. 3-4
- ¹⁰² Idem, p. 142
- ¹⁰³ Idem, pp. 156-157
- ¹⁰⁴ I.P. Filipescu, op. cit. 1993, p. 74
- ¹⁰⁵ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., p. 4
- ¹⁰⁶ Idem, pp. 186-187
- ¹⁰⁷ Idem, pp. 212-213
- ¹⁰⁸ Idem, pp. 266-269
- ¹⁰⁹ Idem, p. 280
- ¹¹⁰ Idem, p. 300
- ¹¹¹ Idem, pp. 322-325
- ¹¹² Idem, p. 20-21
- ¹¹³ C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, op. cit., p. 22
- ¹¹⁴ Idem, pp. 36-37
- ¹¹⁵ Idem, pp. 47-49

REGLEMENTAREA INCOMPATIBILITĂȚII ABSOLUTE A JUDECĂTORULUI ÎN NOUL COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ. EXAMEN TEORETIC ȘI JURISPRUDENȚIAL

Răzvan ANGHEL*

Abstract: *This article describes the new rules on judge incompatibility as comprised in the new Romanian Civil Procedure Code and emphasizes the significant differences from the old regulation, related to the purpose of the new regulation, respectively to ensure judges' impartiality and judges' appearance of impartiality in the highest degree. It also presents the theoretical and practical problems arisen in the process of applying the new rules and the clarifications resulted from the judicial practice regarding the conditions to be met in order for the judge's incompatibility to intervene, related to the definitions of relevant notions comprised in other legal provisions.*

Keywords: *Judge's incompatibility, Judges' Appearance of Impartiality, retrial, extraordinary appeal, interlocutory order*

Cuvinte cheie: *incompatibilitatea judecătorului, aparența de imparțialitate, rejudecare, căi extraordinare de atac, încheieri interlocutorii*

Noul Cod de procedură civilă¹ reglementează cazurile de incompatibilitate a judecătorului în acord cu principiile stabilite în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și în aplicarea principiului reglementat în art.6 al Codului, urmărindu-se asigurarea aparenței de imparțialitate în legătură cu judecătorul care soluționează cauza.

În acest sens, prin indicarea cazurilor de incompatibilitate în art.41 și 42 Cod.pr.civ., s-a urmărit evitarea tuturor situațiilor în care există elemente care nasc în mod întemeiat îndoieli cu privire la imparțialitatea instanței.

Cazurile de incompatibilitate absolută prevăzute de art.41 Cod.pr.civ. sunt în mod particular importante întrucât în aceste situații judecătorul nu poate participa la judecată chiar dacă nu s-a abținut ori nu a fost recuzat, nefiind deci necesar să fie admisă o cerere de abținere sau recuzare pentru înlocuirea judecătorului în compunerea completului de judecată, o astfel de măsură putând fi dispusă și pe cale administrativă.

Totodată, această incompatibilitate poate fi invocată oricând spre deosebire de cele prevăzute de art.42 Cod.pr.civ.

Legiuitorul român a optat prin această reglementare pentru asigurarea la un nivel foarte înalt a aparenței de imparțialitate.

Trebuie arătat că doar art.41 Cod.pr.civ. reglementează cazuri de incompatibilitate absolută iar nu și art.42 Cod.pr.civ., ceea ce rezultă din regimul juridic diferit stabilit pentru cazurile de incompatibilitate indicate în art 41 față de cele indicate în art.42 Cod.pr.civ.².

Extinderea cazurilor de incompatibilitate a generat însă probleme teoretice dar și practice, în special administrative, privind compunerea completurilor de judecată, determinând în practică o incidență mai mare a cazurilor de incompatibilitate, ceea ce a condus la necesitatea unor clarificări cu privire la noțiunea de „hotărâre prin care s-a soluționat cauza” respectiv aceea de „încheiere interlocutorie” din perspectiva noii reglementări.

Aceste clarificări au survenit în practica judiciară cu ocazia soluționării unor cereri de abținere întemeiate pe prevederile art.41 Cod.pr.civ., fiind avut în vedere scopul legii dar și finalitatea reglementării.

§1. Extinderea cazurilor de incompatibilitate

Pe de o parte, se remarcă faptul că prin art.41 al.1 Cod.pr.civ. se instituie interdicția judecătorului de a participa la judecarea unei cauze în toate căile de atac extraordinare, în apel și în rejudicare, extinzând incompatibilitatea existentă în vechiul Cod de procedură civilă care se referea numai la una dintre căile de atac extraordinare respectiv la recurs, pe lângă situația rejudicării și apel conform art. 24 din vechiul Cod de procedură civilă.

Extinderea cazurilor de incompatibilitate pornește de la realitatea că în unele situații concrete care se încadrează în cazurile prevăzute de art.41 al.1 Cod.pr.civ. judecătorul era pus în situația de a verifica critici formulate de părți împotriva propriei hotărâri sau a unor măsuri dispuse în cursul procesului sau de a acționa potrivit celor stabilite în decizia de trimitere spre rejudicare dar contrar propriilor convingeri ceea ce, din perspectiva părților, pune în discuție aparența de imparțialitate astfel încât legiuitorul a optat pentru instituirea incompatibilității în toate aceste cazuri chiar dacă în concret aparența de imparțialitate ar putea să nu fie afectată.

Astfel, de exemplu, cazurile de contestație în anulare implică anumite critici față de instanța care a pronunțat soluția contestată, fie în sensul că și-a stabilit în mod greșit competența, fie că a săvârșit o eroare materială, fie că nu a cercetat un motiv de apel sau recurs ori nu s-a pronunțat asupra unuia dintre recursuri sau apeluri.

De asemenea, în cazul rejudicării, judecătorul poate fi pus în situația de a soluționa fondul cauzei deși inițial a considerat că reclamantul nu a justificat un interes sau calitatea procesuală ori cererea era sau a rămas fără obiect, soluționarea fondului în rejudicare presupunând o opinie contrară a instanței de control judiciar ce trebuie acceptată și însușită de instanța de fond.

Incompatibilitatea judecătorului în contestația în anulare, revizuire și în rejudicare după casare se îndepărtează radical de soluțiile legale din vechiul Cod de procedură civilă și soluțiile jurisprudențiale și regulamentare.

Astfel, prin decizia pronunțată în recurs în interesul legii nr. II din 2007 Înalta Curtea de Casație și Justiție a stabilit că, în principiu, judecătorul care soluționează fondul cauzei nu devine incompatibil să soluționeze cererea de revizuire sau contestația în anulare raportat la

prevederile art. 24 alin. 1 din vechiul Cod de procedura civilă putând fi vorba, eventual și de la caz la caz de un caz de abținere în situația în care se poate considera că și-a exprimat opinia cu privire la soluția asupra litigiului.

Curtea a avut în vedere totuși în considerente că *„pot exista situații în care judecătorul învestit cu soluționarea unei astfel de căi extraordinare de atac să fie pus în situația de a-și evalua propria hotărâre sub un aspect cu privire la care și-a exprimat deja opinia, caz în care, pentru a asigura deopotrivă imparțialitatea, cât și aparența de imparțialitate pe care le reclamă desfășurarea unui proces echitabil, acesta să considere că este totuși necesar să se abțină de la judecata pricinii”*.

Așa fiind, concluzia a fost aceea ca judecătorul care a făcut parte din completul care a judecat fondul cauzei nu devine incompatibil sa soluționeze cererea de revizuire sau contestația în anulare, ceea ce nu exclude însă posibilitatea ca, în funcție de motivul pe care se întemeia calea extraordinară de atac și de circumstanțele concrete ale cauzei, să existe un temei pentru abținerea ori recuzarea judecătorului, care, în acea reglementare, constituiau impedimente legale diferite de acela al incompatibilității.

În același sens, în art.99 al. (6) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești³ se stabilește regula potrivit cu care cauzele trimise spre rejudecare după desfășurare/casare revin la completul inițial investit, prevăzând însă că rămân aplicabile dispozițiile referitoare la incompatibilitate.

Pe de altă parte, cazurile de incompatibilitate sunt extinse și prin aceea că judecătorul devine incompatibil nu numai în cazul în care a pronunțat hotărârea împotriva căreia s-a exercitat calea de atac (inclusiv atunci când s-a dispus rejudecarea cauzei în urma admiterii căii de atac), ci și în situația în care a pronunțat o încheiere interlocutorie.

Astfel, în căile de atac se poate critica în mod explicit o încheiere interlocutorie sau pot fi criticate anumite aspecte privind soluția pronunțată care rezultă din soluții adoptate prin încheieri interlocutorii.

În legătură cu aceste prevederi legale se impun unele precizări.

În conformitate cu prevederile **art. 424 al. 1 Cod. pr. civ.**, instanța poate pronunța: o hotărâre **prin care soluționează cauza** sau hotărâre **prin care se dezinvestește fără a soluționa cauza**.

O astfel de hotărâre de dezinvestire se poate pronunța de exemplu în cazul în care cererea se anulează pentru diferite motive, cererea se respinge pentru necompetența generală sau necompetența instanțelor din România, competența de soluționare a cauzei este declinată, se ia act de renunțarea la judecată sau se perimă cererea.

Față de aceste prevederi legale, dispozițiile art.41 Cod.pr.civ. nu sunt aplicabile iar judecătorul nu este incompatibil să soluționeze cauza **numai în cazul în care a pronunțat o hotărâre prin care s-a dezinvestit fără a soluționa cauza** (de exemplu a anulat cererea). Această prevedere legală **nu include și situația în care cauza a fost soluționată dar instanța de control judiciar a considerat că instanța nu a cercetat fondul pricinii, întrucât în acest caz instanța de fond nu s-a dezinvestit fără a soluționa cauza**.

În acest sens, și în reglementarea anterioară, s-a stabilit că în cazul casării cu trimitere spre rejudecare, cauza trebuie soluționată de un complet de judecată format din alți judecători decât cei care au soluționat-o inițial în situația în care prin hotărârea pronunțată au analizat fondul pretențiilor formulate, chiar dacă trimiterea spre rejudecare s-a dispus pentru necercetarea fondului însă motivat de neanalizarea unor apărări formulate de părți⁴.

Scopul noii reglementări, astfel cum s-a arătat, este asigurarea și a aparenței de imparțialitate a instanței în cel mai înalt grad.

Ca urmare, incompatibilitatea nu intervine numai în situații în care judecătorul cauzei și-a spus părerea cu privire la fondul acesteia ci în orice situații în care a rezolvat prin hotărârea pronunțată o chestiune litigioasă.

Este adevărat că, în cazul trimiterii spre rejudecare, potrivit art.480 al.3 teza finală, dezlegarea dată problemelor de drept de către instanța de apel, precum și necesitatea administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătorii fondului, nemaiputând fi repuse în discuție, însă aceste aspecte constituie aspecte procedurale care din perspectiva părților nu sunt în mod necesar de natură a înlătura orice suspiciune cu privire la imparțialitatea judecătorului care anterior a exprimat o părere cu privire la cererea cu care a fost sesizat, chiar dacă numai cu privire la unele aspecte.

În legătură cu prevederile art.41 al.1 Cod.pr.civ. care stabilesc că nu poate lua parte la judecata cauzei într-o cale de atac judecătorul care a pronunțat o încheiere interlocutorie în respectiva cauză, trebuie avut în vedere că nici în acest caz nu poate fi vorba de incompatibilitate decât dacă prin încheierea respectivă s-a soluționat o chestiune litigioasă.

Astfel, potrivit art.253 Cod.pr.civ. sunt încheieri interlocutorii acelea prin care, fără a se hotărî în totul sau în parte asupra procesului, se soluționează excepții procesuale, incidente procedurale ori alte chestiuni litigioase.

Problema care se pune este stabilirea incidentelor procedurale a căror soluționare atrage incompatibilitatea.

Astfel, din formularea textului art.253 Cod.pr.civ. care se referă la „*alte chestiuni litigioase*” rezultă că și incidentele procedurale indicate în mod expres în același text constituie tot o chestiune litigioasă.

Caracterul litigios al incidentului procedural presupune ca acesta să intervină în cursul procesului și să fie vorba de un aspect asupra căruia părțile nu se înțeleg, litigiul ivit în legătură cu acest aspect fiind tranșat de instanță înainte de soluționarea cauzei printr-o încheiere interlocutorie de care este ținută în continuare.

Astfel se explică și instituirea prin art.41 al.1 Cod.pr.civ. a acestui caz de incompatibilitate absolută întrucât instanța chemată să soluționeze calea de atac poate fi investită și cu verificarea legalității și temeiniciei unor încheieri interlocutorii astfel cum stabilește de exemplu art.466 al.4 Cod.pr.civ. în cazul apelului.

Pe de altă parte, scopul instituirii acestui caz de incompatibilitate absolută este determinat de necesitatea asigurării în cel mai înalt grad posibil a aparenței de imparțialitate a instanței din perspectiva art. 6 din Convenția pentru Apărarea Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale, în sensul de a elimina orice îndoială cu privire la imparțialitatea

judecătorilor care compun completul de judecată inclusiv o îndoială privind obiectivitatea judecătorului chemat să soluționeze o cale de atac într-o cauză în care s-a pronunțat pe anumite aspecte litigioase ce pot fi determinante pentru soluția pronunțată chiar dacă această soluție nu a fost pronunțată de acel judecător.

Spre exemplu, s-a stabilit⁵ că **un judecător care a pronunțat într-o cauză o încheiere prin care a soluționat o cerere de reexaminare întemeiată pe prevederile art.200 al.5 Cod.pr.civ. nu devine incompatibil în sensul art. 41 al.1 Cod.pr.civ. să soluționeze cauza în căile de atac întrucât nu s-a pronunțat asupra unei chestiuni litigioase cu înrăurire asupra soluției pronunțate în proces iar aspectele asupra cărora s-a pronunțat vizau doar regularitatea sesizării instanței de fond ce nu mai poate fi repusă în discuție în căile de atac.**

Pe de o parte, este evident că soluționarea unei cereri de reexaminare formulată în temeiul art. 200 al.5 Cod.pr.civ. nu are ca obiect nici o excepție procesuală și nici o chestiune litigioasă întrucât textul art.253 Cod.pr.civ. se referă la probleme litigioase din perspectiva părților cauzei ceea ce nu este cazul întrucât verificarea regularității sesizării de către instanță în temeiul art. 200 Cod.pr.civ. se face fără citarea pârâtului iar atât hotărârea de anulare a cererii cât și hotărârea prin care se soluționează cererea de reexaminare nu sunt pronunțate în contradictoriu cu pârâtul.

Ca urmare, ceea ce ar putea fi în discuție ar putea fi încadrarea acestei situații în categoria incidentelor procedurale.

Dar, în situația în care judecătorul a soluționat o cerere de reexaminare în temeiul art. 200 al.6 Cod.pr.civ., acesta nu a soluționat nici o problemă litigioasă între părți astfel cum s-a arătat deja.

Totodată, acest incident procedural intervine anterior începerii cercetării procesului, fiind vorba de o problemă care privește sesizarea instanței iar nu de soluționarea unei chestiuni litigioase cu înrăurire asupra soluției care se pronunță în cauză.

Într-o astfel de situație completul învestit prin repartitia aleatorie a cauzei consideră că nu este legal sesizat în timp ce judecătorul ce soluționează cererea de reexaminare consideră, din contră, că instanța a fost legal sesizată, fără a dezlega nici un alt aspect al cauzei și, în orice caz, nici o chestiune litigioasă.

Așadar, un astfel de incident procedural intervine într-o fază anterioară stabilirii cu caracter definitiv a regulatei sesizări a instanței și înainte de intrarea în cercetarea procesului.

În plus, tocmai pentru că încheierea de soluționare a cererii de reexaminare are caracter definitiv potrivit art. 200 al.6 Cod.pr.civ., rezultă că aspectele referitoare la regularitatea sesizării instanței nu mai pot fi repuse în discuție pe parcursul procesului și nici în căile de atac, astfel încât rațiunea și scopul prevederilor art.41 al.1 Cod.pr.civ. nu se regăsesc într-o astfel de situație.

Pentru argumente similare, s-a mai stabilit, de exemplu, că un judecător **nu devine incompatibil** să soluționeze cauza în căile de atac sau în rejudicare prin:

- soluționarea excepției conexității⁶
- soluționarea unei cereri de acordare a ajutorului public judiciar⁷
- soluționarea unei cereri de recuzare⁸

- verificarea și stabilirea propriei competențe în conformitate cu art.131 Cod procedură civilă întrucât, în acest caz, instanța nu a soluționat o chestiune litigioasă cu privire la acest aspect, părțile neavând nicio opinie contrară care să se manifeste într-o excepție de necompetență⁹.

- soluționarea excepției inadmisibilități atunci când această problemă nu face obiectul apelului sens în care trebuie avute în vedere prevederile art.477 Cod procedură civilă referitoare la limitele efectului devolutiv determinate de ceea ce s-a apelat¹⁰.

Dimpotrivă, s-a stabilit că un judecător **devine incompatibil** să soluționeze cauza în căile de atac atunci când:

- a pronunțat încheierile care fac în mod expres obiectul apelului în cauză¹¹

- a pronunțat o încheiere prin care a respins excepția autorității lucrului judecat, soluție care este contestată în cadrul apelului¹²

- a pronunțat o încheiere care s-a respins excepția tardivității contestației, soluție care este contestată prin cererea de apel¹³; s-a considerat însă că judecătorul nu devine incompatibil prin soluționarea excepției tardivității când această problemă nu face obiectul apelului sens în care trebuie avute în vedere prevederile art.477 Cod procedură civilă referitoare la limitele efectului devolutiv determinate de ceea ce s-a apelat¹⁴

- și-a spus părerea anterior cu privire la cererea de suspendare a executării sentinței civile apelate, soluționând o cerere de suspendare provizorie a aceleiași sentinței¹⁵;

- și-a spus părerea anterior cu privire la tipul căii de atac ce se poate exercita împotriva hotărârii instanței de fond, care constituie aspect invocat în contestația în anulare dedusă judecății, soluționând totodată cauza în primă instanță¹⁶.

Raportat la clasificarea excepțiilor procesuale, se poate concluziona că judecătorul nu devine incompatibil atunci când soluționează o excepție de procedură¹⁷, fie admitând excepția și respingând acțiunea pentru acest motiv, caz în care se dezinvestește fără a soluționa cauza, fie pronunțând o încheiere prin care respinge excepția, caz în care nu pune în discuție o soluție în cauză ci doar o posibilă dezinvestire fără soluționarea cauzei, mai puțin atunci când, în acest din urmă caz, chiar încheierea respectivă face obiectul căii de atac cu care este investit același judecător.

Pe de altă parte, nu se poate considera că în toate cazurile în care judecătorul a soluționat o excepție de fond, acesta devine incompatibil să soluționeze cauza într-o cale de atac sau în rejudecare.

Astfel, deși sunt considerate în mod constant ca excepții de fond, pentru motivul că privesc condițiile de exercitare a dreptului la acțiune, unele dintre aceste excepții nu presupun soluționarea cauzei, instanța dezinvestindu-se fără a mai analiza cererea.

Spre exemplu, au fost și sunt considerate excepții de fond, atât sub imperiul vechii reglementări¹⁸ cât și în interpretarea prevederilor noului Cod de procedură civilă¹⁹ și excepția lipsei procedurii prealabile obligatorii sau excepția lipsei capacității procesuale, ori excepția inadmisibilității. Or, în aceste cazuri, dacă excepțiile sunt admise, instanța se dezinvestește fără a mai cerceta cererea formulată fie pentru că, în primul caz, consideră nu putea fi sesizată înainte de realizarea procedurii prealabile obligatorii fie că, în al doilea caz, consideră că una dintre părțile indicate în cerere nu poate sta în proces din motive care țin de situația acestuia în

general, fără legătură cu conținutul unei anumite cereri (lipsa capacității de exercițiu sau de folosință), care nu mai este analizată, ori, în al treilea caz, consideră că reclamantul (sau cel care exercită o cale de atac) nu avea la dispoziție calea procedurală aleasă motiv pentru care nu mai analizează susținerile acestuia.

Aceste excepții, în esență, privesc condițiile sesizării instanței, iar neîndeplinirea acestor condiții împiedică analizarea cererii.

Nu trebuie însă confundată excepția neîndeplinirii procedurii prealabile obligatorii întemeiată pe prevederile art.193 Cod.pr.civ. sau ale unor norme speciale, cu excepția prematurității care are în vedere situația în care dreptul este afectat de un termen. În acest caz, instanța analizează exigibilitatea creanței, soluționând deci cauza.

Ca urmare, numai soluționarea cauzei prin admiterea unor excepții de fond care presupun cercetarea cererii atrage incompatibilitatea judecătorului (excepțiile privind interesul, calitatea procesuală, prematuritatea cererii, prescripția, puterea de lucru judecat).

În cazul în care excepțiile sunt respinse, se pune problema incompatibilității determinate de pronunțarea unei încheieri interlocutorii, însă, așa cum s-a arătat, în acest caz, judecătorul nu poate participa la judecată numai atunci când soluția respectivă face obiectul unei căi de atac.

Astfel, ceea ce trebuie asigurat prin aplicarea prevederilor art.41 Cod.pr.civ., este ca judecătorul să nu fie pus în situația de a soluționa o cauză adoptând în mod expres sau implicit o soluție contrară unei opinii pe care a exprimat-o anterior în cauză cu ocazia analizării efective a conținutului cererii cu care este investit, a pretențiilor și a susținerilor părților.

Cazurile de incompatibilitate prevăzute la alineatul 2 al art.41 Cod.pr.civ. nu pun probleme de interpretare deosebite și sunt mai rar întâlnite în practică.

Textul legal respectiv interzice judecătorului să participe la judecata cauzei în situația în care acesta a avut în cauză calitatea de martor, expert, arbitru, procuror, avocat, asistent judiciar, magistrat – asistent sau mediator în aceeași cauză, fără nici o distincție cu privire la implicarea sa în derularea procedurii. Astfel, spre deosebire de prevederile alineatului 1 al aceluiași articol, care condiționează incompatibilitatea de pronunțarea unei hotărâri prin care a soluționat cauza sau a unei încheieri interlocutorii, alineatul 2 nu instituie nici o limitare similară, fiind deci fără relevanță rezultatul participării în cauză. Astfel, nu s-ar putea considera că judecătorul nu devine incompatibil doar pentru că declarația sa ca martor sau părerea sa exprimată ca expert nu a fost avută în vedere la soluționarea cauzei, că nu a participat ca magistrat – asistent, procuror sau avocat în tot cursul procesului, că nu și-a exprimat votul consultativ ca asistent judiciar cu ocazia pronunțării hotărârii în cauză, sau că nu a participat la încheierea unui acord de mediere între părți.

Justificarea constă în aceea că judecătorul, anterior, fie a exprimat o opinie în cauză (ca martor, expert, arbitru care a soluționat litigiul), fie a apărut interesele uneia dintre părți ca avocat sau un interes public ca procuror, fie a fost asociat cu organizațiile sindicale sau patronale în cazul asistenților judiciari, a fost remunerat de părți în calitate de mediator implicându-se în soluționarea litigiului, sau a participat la derularea procedurii în calitate de magistrat-asistent.

§2. Instituirea unui mecanism prin care judecătorul aflat într-un caz de incompatibilitate absolută este împiedicat să participe la soluționarea cauzei

Astfel, potrivit art.45 Cod.pr.civ., în cazurile de incompatibilitate prevăzute la art. 41 Cod.pr.civ., judecătorul nu poate participa la judecată chiar dacă nu s-a abținut sau nu a fost recuzat.

Acest text legal trebuie pus în legătură cu prevederile art.43 al.1 Cod.pr.civ. care impune verificarea de către grefier a existenței cazurilor de incompatibilitate absolută prevăzute de art.41 Cod.pr.civ. și întocmirea unui referat corespunzător.

Trebuie remarcat însă că, dacă unele cazuri de incompatibilitate sunt relativ ușor de identificat, unele situații de incompatibilitate absolută sunt relativ dificil de stabilit.

Astfel, se poate stabili cu ușurință dacă judecătorul investit cu soluționarea căii de atac a pronunțat în cauză o hotărâre prin care aceasta a fost soluționată.

Situația în care judecătorul a pronunțat o hotărâre interlocutorie poate fi mai dificil de identificat cu ocazia verificării realizate conform art.43 al.1 Cod.pr.civ. fie din cauza complexității dosarului fie din cauza incertitudinii cu privire la caracterul interlocutoriu al încheierii.

În aceste cazuri realizarea principiului rămâne asigurată de obligația de a formula cerere de abținere și posibilitatea formulării cererii de recuzare.

Pe baza acestui referat, constatându-se existența unui caz de incompatibilitate absolută, componența completului de judecată poate fi modificată fără ca judecătorul să se abțină.

Punerea în aplicare a prevederilor art.45 cod nu poate fi făcută decât pe cale administrativă iar nu în procedura aplicabilă abținerii/recuzării întrucât, prin ipoteză, în situația reglementată de acest text legal nu există o cerere de abținere/recuzare, astfel încât nu sunt aplicabile prevederile art.51 Cod.pr.civ. care se referă în mod expres la „*procedura de soluționare a abținerii sau a recuzării*”.

Este de asemenea evident că această prevedere legală are un rol preventiv, fiind menită a împiedica participarea la soluționarea cauzei a unui judecător aflat într-un caz de incompatibilitate absolută, iar nu doar rolul de a institui o interdicție în acest sens, a cărei încălcare să poată fi sancționată în căile de atac. Dacă s-ar accepta această din urmă interpretare, prevederile art.45 s-ar vădi redundante și inutile raportat la acest unic presupus scop, câtă vreme cazurile de incompatibilitate sunt prevăzute în art.41 Cod.pr.civ. iar instanța de apel sau recurs poate sancționa nesocotirea acestor prevederi legale în sine, fără a fi necesară o altă enunțare a interdicției de a participa la judecata unei cauze pentru judecătorul aflat într-o situație de incompatibilitate absolută.

Același text legal stabilește că incompatibilitatea prevăzută de art.41 poate fi invocată în orice stare a pricinii spre deosebire de cazurile prevăzute de art.42 Cod.pr.civ., care pot fi invocate prin cererea de recuzare numai înainte de începerea oricărei dezbateri respectiv de îndată ce sunt cunoscute în cazul în care apar sau sunt cunoscute de parte numai după începerea dezbaterilor.

§3. Scurt examen de drept comparat

Incompatibilitatea judecătorului în soluționarea unei cauze atunci când a participat la soluționarea acelei cauze într-o etapă anterioară, este reglementată și în legislația altor state, fiind o regulă care răspunde exigențelor art.6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

În Codul de procedură civilă italian²⁰, de exemplu, motivele de abținere și recuzare sunt indicate în art.51 care la pct.4 prevede situația în care judecătorul a participat la judecarea cauzei în altă fază a procesului, a consiliat una dintre părți, a depus mărturie, a avut calitatea de expert sau arbitru în cauză²¹.

În legătură cu acest text legal, în jurisprudență s-a reținut că judecătorul trebuie să se abțină în situația în care a participat la pronunțarea unei hotărâri asupra fondului cauzei, nefiind suficient să fi participat doar la cercetarea procesului; s-a apreciat că nu este incident acest caz de abținere/recuzare în situația în care judecătorul soluționează o cauză în care a pronunțat anterior o hotărâre prin care a stabilit necompetența instanței, hotărâre ce a fost casată cu trimiterea cauzei spre rejudecare și nici în situația în care a soluționat o cauză asemănătoare²².

În Codul de procedură civilă Elvețian²³, la pct.1 lit.b), este indicat drept caz de recuzare situația în care judecătorul a participat în aceeași cauză în altă calitate, în particular ca membru al unei autorități, agent legal, expert, martor, sau mediator²⁴.

La punctul 2 al aceluiași articol, însă, se precizează în mod expres, într-o enumerare exemplificativă, că nu constituie motiv de recuzare, implicarea judecătorului în cauză prin: soluționarea unei cereri de ajutor public judiciar, proceduri de conciliere, pronunțarea unei obiecțiuni în sensul art.80-84, stabilirea unor măsuri provizorii, derularea unor proceduri pentru protecția uniunii matrimoniale²⁵.

Aceste soluții legale sunt similare cu soluțiile jurisprudențiale apărute în aplicarea art.41 Cod.pr.civ., prezentate anterior.

În Codul de procedură civilă francez²⁶ sunt reglementate în art.341 cazurile de recuzare, cu referire la cazurile reglementate de Codul organizării judiciare în art. L. 731-1. La punctul 5 al acestui articol, se indică drept caz de recuzare situația în care judecătorul a participat anterior la judecata cauzei, a avut calitatea de arbitru sau a oferit consultanță uneia dintre părți²⁷.

În legătură cu acest caz de recuzare, s-a reținut că urmărește asigurarea imparțialității obiective a judecătorului și evitarea situațiilor în care acesta, în virtutea activității sale jurisdicționale anterioare, a exprimat deja o părere asupra fondului procesului pe care trebuie din nou să îl soluționeze; se face o distincție însă în raport de natura primei intervenții a judecătorului în cauză, în sensul că acesta nu poate participa la judecata cauzei atunci când anterior s-a pronunțat asupra fondului litigiului, aflându-se într-o situație de incompatibilitate spre exemplu atunci când confirmă în apelul o hotărâre pe care a pronunțat-o în primă instanță sau atunci când soluționează cauza în rejudecare după ce a pronunțat și hotărârea casată în

cauză; s-a reținut în jurisprudență, însă, că un judecător poate soluționa o cale de atac retractare formulată împotriva unei hotărâri la pronunțarea căreia a participat, soluționarea cererii implicând un element nou.²⁸

În sfârșit, în Codul de procedură civilă bulgar, la art.22 al.1 pct.5 este prevăzut cazul de recuzare constând în participarea judecătorului la soluționarea cauzei într-un complet dintr-o altă instanță²⁹. Din formularea textului rezultă că este vorba de pronunțarea anterioară în aceeași cauză a unei hotărâri asupra fondului litigiului.

În procedura recuzării și abținerii din Codul de procedură francez, cuprinsă în art.339 – 335, nu este reglementată o procedură de înlăturare a judecătorului de la soluționarea cauzei în situația în care nu formulează cerere de abținere sau nu este recuzat. Nici în codul de procedură civilă italian, bulgar respectiv în cel elvețian o astfel de procedură nu este reglementată.

Se remarcă faptul că aceste situații, similare celor cuprinse în art.41 Cod.pr.civ., sunt reglementate ca un caz de abținere/recuzare, alături de alte situații în care imparțialitatea judecătorului poate fi pusă în mod rezonabil la îndoială.

Codul de procedură român reglementează aceste situații în mod distinct, drept cazuri de incompatibilitate, separat de situațiile în care se pot naște în mod întemeiat îndoieli cu privire la imparțialitatea judecătorului, prevăzute în art.42.

Ca urmare a acestei distincții, spre deosebire de prevederile procedurale străine expuse care reglementează aceeași procedură de soluționare pentru toate cazurile de abținere/recuzare/incompatibilitate, Codul de procedură român stabilește un mecanism special suplimentar de înlăturare a unei astfel de situații în art.45, inclusiv pentru situația în care judecătorul nu se abține sau nu este recuzat, spre deosebire de situațiile prevăzute de art.42 în care doar admiterea unei cereri de abținere sau recuzare atrage neparticiparea judecătorului la soluționarea cauzei. Totodată, art.45 Cod.pr.civ. permite invocarea acestei incompatibilități în orice stare a pricinii, indiferent când a fost cunoscută părților, prin ipoteză situația de incompatibilitate ivindu-se înainte de începerea dezbaterilor.

Concluzia este că noua reglementare a incompatibilității absolute în legislația procesual civilă română asigură garanții foarte puternice pentru imparțialitatea și aparența de imparțialitate a instanței.

* *Judecător, Curtea de Apel Constanța, președinte Secția I Civilă. formator la Institutul Național al Magistraturii și Școala Națională de Grefieri; razvan.anghel@just.ro.*

¹ Legea nr. 134/2010, republicată în Monitorul Oficial nr.545/03.08.2012, cu modificările ulterioare;

² în acest sens s-a remarcat faptul că, în mai multe ediții ale Codului de procedură civilă, inclusiv cea publicată sub egida Ministerului Justiției, denumirea marginală a art.42 Cod.pr.civ. se referă la „alte cazuri de incompatibilitate absolută”, apreciindu-se însă că față de reglementarea în ansamblu, în special față de prevederile art.45, este vorba de o evidentă eroare materială, singurele cazuri de incompatibilitate absolută fiind cele prevăzute în art.41 Cod.pr.civ. – Viorel Mihai Ciobanu – notă la art.42 în „Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat” – coordonatori Viorel Mihai Ciobanu și Marian Nicolae, Ed.Universul Juridic, București 2013– vol.1 p.151;

- ³ aprobat prin Hotărârea Plenului Consiliului Superior al Magistraturii nr. 387 din 22 septembrie 2005 publicat în Monitorul Oficial nr. 958 din 28 octombrie 2005, cu modificările și completările ulterioare;
- ⁴ ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE - SECȚIA a II-a CIVILĂ DECIZIA NR. 4134 din 22 noiembrie 2013 (nepublicată)
- ⁵ Curtea de Apel Constanța – Secția I Civilă - încheierea din 20.01.2014 – publicată <http://portal.just.ro>;
- ⁶ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 22 octombrie 2014 (nepublicată);
- ⁷ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 16 Iunie 2014 (nepublicată);
- ⁸ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 16 Iunie 2014 (nepublicată);
- ⁹ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 29 septembrie 2014 (nepublicată);
- ¹⁰ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 29 septembrie 2014 (nepublicată);
- ¹¹ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 20 noiembrie 2014 (nepublicată);
- ¹² Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 21 noiembrie 2014 (nepublicată);
- ¹³ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 16 ianuarie 2015 (nepublicată);
- ¹⁴ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 22 octombrie 2014 (nepublicată);
- ¹⁵ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 10 Noiembrie 2014 (nepublicată);
- ¹⁶ Curtea de Apel Constanța - Secția I Civilă - încheiere din data de 07 Noiembrie 2014 (nepublicată);
- ¹⁷ privind competența, termenele, nulitatea cererii, timbrajul, perimarea, litispendența, conexitatea;
- ¹⁸ Mihaela Tăbărcă – „Drept procesual civil” ed. Universul Juridic, București 2005, vol.I p.489-490, Viorel Mihai Ciobanu, Gabriel Boroi – „Drept procesual civil – Curs selectiv. Teste grilă”, Ed. All Beck, București 2005, p.235;
- ¹⁹ cu privire la excepțiile lipsei capacității procesuale, a lipsei procedurii prealabile, a inadmisibilității, a se vedea Mihaela Tăbărcă - în „Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat” – coordonatori Viorel Mihai Ciobanu și Marian Nicolae, Ed.Universul Juridic, București 2013– vol.1 p.642-643; cu privire la excepția lipsei capacității procesuale, a se vedea și Ion Deleanu – „Tratat de procedură civilă” Ed.Universul Juridic București 2013, vol.I p.946 și Veronica Dănăilă, în „Noul Cod de procedură civilă-comentariu pe articole” – coordonator Gabriel Boroi, Ed.Hamangiu 2013, p. 549;
- ²⁰ Codice di procedura civile, text în limba italiană disponibil la <http://www.altalex.com/>;
- ²¹ „Art. 51. (Astensione del giudice)
Il giudice ha l’obbligo di astenersi:
4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure **ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo** o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico;”
- ²² Vito Poli – „L’astensione e la ricusazione del giudice amministrativo nel nuovo codice del processo amministrativo”, publicat online la adresa https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/wcm/idc/groups/public/documents/document/mdax/nzez/~edisp/intra_064154.htm
- ²³ Swiss Civil Procedure Code (Civil Procedure Code, CPC) of 19 December 2008 (Status as of 1 May 2013); text în limba engleză disponibil la <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/272.en.pdf>;
- ²⁴ „Art. 47 Grounds for recusal
1. Judges and judicial officers shall recuse themselves if:
b. **they have acted in the same case in another capacity**, in particular as member of an authority, legal agent, expert witness, witness or mediator;”

- ²⁵ „2. Involvement in the following, in particular, is in itself no reason for recusal:
- a. the decision on legal aid;
 - b. the conciliation proceedings;
 - c. the setting aside of an objection under Articles 80 to 84 DEBA19;
 - d. the ordering of interim measures;
 - e. proceedings for protection of the marital union.
- ²⁶ Code de procédure civile, text disponibil în limba franceză la <http://www.legifrance.gouv.fr>;
- ²⁷ „S’il a **précédemment connu de l’affaire comme juge** ou comme arbitre ou s’il a conseillé l’une des parties” text disponibil în limba franceză la <http://www.legifrance.gouv.fr>;
- ²⁸ „Fiche méthodologique - L’exigence d’impartialité du juge dans le procès civil et les procédures de récusation et de renvoi pour cause de suspicion légitime” – Cour de Cassation, Bulletin d’information nr.679 din aprilie 2008, p.14, publicat https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc_679.pdf
- ²⁹ art.22- „Grounds for Recusal” al.(1) pct.5 – „Participation in a case as a judge shall be inadmissible for any person: [...] who has taken part in adjudication in the case in a court of another instance or who has been a witness or an expert in the case” – text în limba engleză la www.vks.bg/english/ - Supreme Court of Cassation – Republic of Bulgaria;

ÎNCETAREA CONTRACTELOR DE AGENȚIE

dr. Șerban DIACONESCU*

Résumé: *La cessation des contrats d'agence. La directive nr. 86-653/16.12.1986, a institué un dispositif de protection minimale des droit de l'agent en fin du contrat. La question de l'indemnité de fin de contrat a suscité en pratique le plus de difficultés parce que les divergences d'approche entre système français et système allemand de l'indemnité ont été maintenues par la directive, art. 17, qui ouvre aux Etats membres une faculté d'option: soit reconnaître à l'agent un droit à réparation du préjudice né de la fin du contrat (système français), soit payer à l'agent une indemnité liée à la perte de la clientèle (système français). Le code civile roumaine de 2011 qui consacre le règlement du contrat d'agence en droit interne, a opté pour la système d'indemnité, mais reconnaît à l'agent un droit de réclamer des dommages et intérêts en dépit de l'indemnité dont il bénéficie. Notre article propose des solutions pour les juges nationaux pour l'interprétation de la loi conformé à la directive.*

Mots clés: *contrat d'agence, fin du contrat; indemnité; réparation du préjudice; abus de droit.*

Cuvinte cheie: *contrat de agenție; încetarea contractului; despăgubire; repararea prejudiciului; abuz de drept*

Încheierea și executarea unui contract de agenție presupune, conform Codului civil (art. 2072) și a Directivei europene¹, o colaborare de durată pe o piață, în vederea cuceririi și fidelizării unei clientele. Avem de a face astfel cu un ansamblu obligațional în cuprinsul căruia unele obligații presupun o executare durabilă². Contractul vizează o formă de intermediere în distribuția de mărfuri și servicii, și obiectul său³ îl constituie, în fapt, o combinație între o formă atipică de reprezentare (obligația esențială este de a negocia contracte în numele și pe seama celeilalte părți, comitentul și nu neapărat de a încheia contracte) și diferite prestații privitoare la prezentarea și promovarea produselor care fac obiectul intermedierei⁴.

Caracterul "statornic" al relațiilor dintre părți și schimbul de informații la care obligă contractul, face ca regimul juridic al încetării contractului de agenție, să fie unul de protecție pentru agent. Conform art. 2094 C. civ., părțile nu pot deroga de la prevederile art. 2091 – 2092 C. civ., privitoare la indemnizația datorată în cazul încetării contractului de agenție, în defavoarea agentului, sub sancțiunea considerării clauzelor ca fiind nescrise. Prin urmare, o astfel de clauză nu va produce efecte de plin drept, fără a fi nevoie de o hotărâre judecătorească în acest sens⁵, fiind automat înlocuită cu dispozițiile imperative ale legii (art. 1255 al. 3 și 2 C. civ.).

În prezenta lucrare ne-am propus să tratăm principalele probleme legate de încetarea contractelor de agenție, în încercarea de a așeza, în tiparele dreptului nostru intern, interpretarea transpunerii reglementării europene, ținând seama de spiritul reglementării și de obiectivele urmărite. De aceea am considerat impotant a căuta și soluțiile juridice din dreptul francez, german italian sau englez pentru aceste probleme și a analiza în ce măsură acestea sunt compatibile cu reglementarea națională și tradițiile dreptului nostru.

Denunțarea unilaterală. Contractul de agenție poate fi încheiat pe durată determinată sau nedeterminată. Conform art. 2088 C.civ. (fostul art. 19 din legea nr. 509/2002), preluat după modelul Directivei europene (art. 14), contractul de agentie pe durata determinata care continua sa fie executat de parti dupa expirarea sa se considera transformat automat intr-un contract pe durata nedeterminata. Executarea de către ambele părți a prestațiilor și după împlinirea termenului, duce la prelungirea vechiului contract, cu toate clauzele sale, mai puțin durata care devine nedeterminată. Părțile au însă facultatea de a prevedea în contractul inițial că prelungirea tacită să fie tot pe o perioadă determinată.

În cazul contractului încheiat pe durată nedeterminată, oricare dintre părți poate denunța unilateral contractul cu acordarea obligatorie a unui preaviz (art. 2089 al. 1 C. civ.). Aparent avem doar o aplicație a principiului general care guvernează contractele pe durată nedeterminată, care permite denunțarea cu acordarea unui preaviz rezonabil (art. 1277 C. civ.). Doar că în cazul contractului de agenție, în aplicarea regulilor din cuprinsul Directivei, durata minimală a termenului de preaviz este fixată, legiuitorul român optând pentru varianta cu termene mai lungi în favoarea agentului⁶ ca și legea italiană⁷, spre deosebire de legea franceză⁸ care au optat pentru durata maximă a preavizului de trei luni. Norma se aplică și contractelor de agenție încheiate pe durată determinată în care părțile au prevăzut și facultatea de denunțare unilaterală.

Termenul de preaviz este cuprins obligatoriu între o lună și șase luni, proporțional cu numărul de ani în care contractul cu toate prelungirile și/sau reînnoirile sale a produs efecte. Părțile pot să convină termene de preaviz mai lungi, însă cele prevăzute pentru agent nu pot fi mai lungi decât cele prevăzute pentru comitent. În cazul contractului pe durată determinată transformat în contract pe durată nedeterminată, la calculul termenului de preaviz se va tine seama de întreaga perioada cumulata a contractului, cuprinzand atat durata determinata a contractului, cat si perioada in care acesta se considera pe durata nedeterminata. Daca partile nu stabilesc altfel, sfarsitul termenului de preaviz trebuie sa coincida cu sfarsitul unei luni calendaristice.

Se ridică întrebarea care este sancțiunea aplicabilă clauzei contractuale care ar prevedea un termen de preaviz mai scurt decât cel fixat de lege. Redactorii codului civil nu au inclus încălcarea art. 2089 C. civ. între situațiile la care se aplică sancțiunea caracterului nescris al clauzei, conform art. 2094 C. civ.⁹, excludere care ne-ar putea face să ne gândim la nulitatea relativă. Însă dacă mergem la textul general aplicabil denunțării contractelor pe durată nedeterminată, art. 1277 C. civ., sancțiunea aplicabilă clauzelor care înlătură termenul de preaviz, sau prevăd o durată nerezonabil de scurtă, este tot caracterul nescris al clauzei. În opinia noastră, identitatea de rațiune face ca sancțiunea aplicabilă să fie tot caracterul nescris al clauzei, cu avantajul pentru agent că nu va mai trebui să invoce nulitatea relativă a clauzei

care încalcă termenul legal de preaviz, ineficacitatea operând automat. Sancțiunea cuprinsă în norma generală poate fi aplicată în completarea normei speciale care nu are o prevedere expresă în acest sens, iar pentru cazul denunțării unui contract pe durată determinată, trimiterea de la art. 2089 al. 2 C. civ. la regimul denunțării contractului pe durată nedeterminată, îi fac aplicabile aceste dispoziții.

O a doua chestiune care poate fi pusă în discuție în legătură cu termenele de preaviz este dacă acestea ar putea fi înlocuite cu o indemnizație care să acopere agentului paguba suferită ca urmare a încetării contractului, uzanță de afaceri existentă în dreptul italian anterior transpunerii directivei, și care este considerată, de doctrină și practică, licită și în prezent, chiar dacă formularea actuală a art. 1750 C. civ. it. nu face referire expresă la o astfel de posibilitate¹⁰. Comitentul ar fi tentat să renunțe de îndată la colaborarea cu un agent care nu mai este motivat să depună eforturi pentru comitent, știind că va înceta contractul în câteva luni. Pentru agent însă, chiar dacă ar primi o indemnizație care să compenseze potențiale câștiguri pentru durata preavizului, există riscul ca lipsind din piață un număr de luni să aibă de pierdut suplimentar în relația cu clientela proprie. Dacă agentul primește și indemnizația pentru încetarea contractului apreciem că acest risc este înlăturat în mare măsură.

Dacă părțile convin, la momentul notificării denunțării contractului, să înlocuiască preavizul cu o indemnizație, apreciem că acordul de voință este valid, deoarece obligativitatea termenului de preaviz este doar o măsură de protecție pentru părți, în special pentru agent, și nu o normă de ordine publică de protecție. Discutabilă ar fi însă valabilitatea unei clauze convenită inițial prin contract care să înlăture *a priori* termenul de preaviz în favoarea unei indemnizații. Într-o opinie cu greutate¹¹ se susține că în aplicarea art. 14 al Directivei nici o legislație nu a apreciat că această dispoziție ar viza ordinea publică, astfel încât părțile ar putea deroga înlocuind preavizul cu alte mijloace de compensare a pierderilor, precum indemnizația. Apreciam că și în dreptul nostru ar putea fi considerate valabile astfel de clauze, în măsura în care acordă o compensație rezonabilă părții care renunță la preaviz. În măsura în care la încheierea contractului de agenție agentul a fost forțat să accepte clauza care stipulează înlocuirea termenului de preaviz cu o indemnizație, poate invoca violența economică ca temei al anulării clauzei.

Conform art. 2090 Cod civil contractul de agenție poate fi denunțat imediat de oricare dintre părți, cu repararea prejudiciilor astfel pricinuite celeilalte părți, atunci când circumstanțe excepționale, altele decât forța majoră ori cazul fortuit, fac imposibilă continuarea relațiilor de afaceri dintre comitent și agent. În acest caz se prezuma încetarea contractului la data primirii notificării scrise a intenției de denunțare a contractului și a motivului denunțării. Pot constitui, în opinia noastră, astfel de circumstanțe excepționale vârsta, infirmitatea sau boala agentului, care îl împiedică, rezonabil, să continue activitatea. Prevederea legală nu se referă la denunțarea contractului datorită culpei celeilalte părți, caz în care devine incident regimul juridic de drept comun al rezilierii contractului. În dreptul german¹² sunt considerate astfel de circumstanțe excepționale modificarea condițiilor de pe piață avute în vedere la încheierea contractului, de o manieră dificil de prevăzut, și care dezavantajează net una dintre părți, care este astfel îndreptățită să solicite modificarea contractului sau încetarea lui.

Reamintim în acest context faptul că un contract de agenție, chiar și cel care stipulează în favoarea agentului facultatea de a încheia acte în numele și pe seama comitentului este un contract irevocabil, spre deosebire de regimul juridic obișnuit al contractului de mandat sau de comision.

Împlinirea termenului. Părțile au facultatea de a stabili durata contractului, caz în care împlinirea termenului atrage, în principiu, încetarea lui. Cu toate acestea părțile au adesea interesul de a continua relațiile de afaceri și după împlinirea termenului, sens în care și legiuitorul a prevăzut că executarea contractului după expirarea sa îl transformă automat într-un contract pe durata nedeterminată. Norma este una supletivă, motiv pentru care, alături de fixarea termenul extinctiv, părțile contractului de agenție pot stipuleze clauze ce organizează continuarea relațiilor contractuale, permițând prelungirea sau reconducțiunea expresă sau tacită a acestuia.

Clauzele de prorogare apar ca un dispozitiv convențional menit să permită părților amânarea termenului extinctiv cu scopul de a prelungi raporturile contractuale¹³. Modalitățile în care va avea loc prorogarea contractului pot fi prevăzute în contractul de agenție, în special în ipoteza în care părțile doresc ca prelungirea să fie tot pe o durată determinată, și nu pe una nedeterminată, așa cum prevede textul legal. În funcție de condițiile cerute pentru a avea loc prorogarea, aceste clauze pot fi clasificate în automate (sau non voluntare), semiautomate (sau semivoluntare) și non automate (sau voluntare)¹⁴.

Prorogarea automată depinde de apariția anumitor circumstanțe expres prevăzute în clauza contractuală, care duc la prelungirea termenului independent de voința părților la momentul apariției lor¹⁵, cum ar fi ipoteza în care părțile prevăd că durata contractului se prelungește automat cu durata termenului în care executarea contractului a fost suspendată datorită unui caz de forță majoră. În celelalte cazuri, prorogarea contractului este rezultatul unui acord de voințe posterior încheierii contractului original¹⁶, având ca efect continuarea vechiului contract, părțile renunțând în fapt la efectul termenului extinctiv inițial, pe care-l înlocuiesc sau îl înlătură. Rolul clauzelor de prorogare este de a organiza realizarea acestui eventual acord de voințe.

Recomandabile în practică sunt clauzele de prorogare non automată. În acest caz este nevoie de reunirea voințelor ambelor părți de a continua contractul, fiecare având facultatea de a se opune prorogării¹⁷. Cel mai eficient mod de funcționare al unei astfel de clauze este a considera contractul prorogat pe o anumită perioadă, în cazul în care nici una dintre părți nu și-a exprimat expres intenția de a nu prelungi contractul într-un termen dat. O altă formă de astfel de clauză cuprinde obligația părților de a se întâlni la un moment determinat înainte de împlinirea termenului pentru a se pune de acord cu privire la prorogarea contractului¹⁸.

Efectul prorogării unui contract în derulare este menținerea sa cu întreg conținutul și toate dispozițiile sale¹⁹. Legea aplicabilă contractului, inclusiv tuturor efectelor sale, rămâne cea de la momentul încheierii convenției inițiale, chiar dacă la momentul acordului de voințe cu privire la prorogare ea ar fi modificată²⁰. Convențiile accesorii, cum ar fi garanțiile constituite pentru executarea contractului, continuă să producă efecte²¹. Singurele elemente care se apreciază la momentul acordului cu privire la prorogare sunt cele privitoare la condițiile de valabilitate (în special capacitatea și consimțământul) ale noului acord în cazul prorogării non automate, sau cele privitoare la condițiile de valabilitate ale ridicării opțiunii în cazul prelungirii semi-automate²².

Când părțile intenționează ca, la împlinirea termenului stipulat în contractul de agenție, să încheie o nouă convenție în termeni în principiu identici cu cei din contractul inițial, pot apela la mecanismul reconducțiunii. Reconducțiunea unui contract constă în reînnoirea acestuia, adică substituirea contractului al cărui termen s-a împlinit cu un nou acord²³. Scopul urmărit prin încheierea noii convenții este de a prelunge starea de fapt existentă între părți în baza contractului inițial²⁴. În mod similar clauzelor de prorogare, și cele de reconducțiune se pot împărți în automate, semiautomate și non automate²⁵. Cele mai eficiente sunt clauzele de reconducțiune tacită a contractului, care permit încheierea unui nou contract prin simpla continuare a relațiilor de afaceri după împlinirea termenului contractual sau în lipsa unei denunțări exprese din partea unei părți anterior împlinirii termenului.

În cuprinsul clauzei de reconducțiune se poate prevedea durata noului contract (eventual identică cu cea inițială), precum și posibilitatea unor reconducțiuni succesive. Dacă un termen nu este prevăzut, conform regulilor suplative noul contract va fi unul pe durată nedeterminată.

Efectul principal al reconducțiunii este acela că dă naștere unui nou contract cu conținut cvasiidentific sau chiar identic cu cel vechi. În consecință, spre deosebire de prorogare, legea aplicabilă noului contract va fi cea în vigoare la momentul reconducțiunii, nu cea de la momentul încheierii contractului inițial.

Rezilierea unilaterală. Art. 16 al Directivei lasă libertatea legislațiilor naționale să prevadă posibilitatea rezilierii contractului de agenție fără preaviz în caz de încălcare a obligațiilor de către una dintre părți, conform regulilor juridice naționale. În legea română inițială de transpunere a directivei²⁶, se prevedea, la art. 21 al. 1, posibilitatea pentru oricare dintre părți de a rezilia contractul de agenție fără preaviz sau înainte de expirarea termenului contractului, în cazul unei neîndepliniri din culpă gravă a obligațiilor contractuale de către cealaltă parte. Prevederea constituia o excepție de la principiul rezilierii judiciare care opera și în lipsa pactelor comisorii.

Actuala reglementare a contractului de agenție din noul Cod civil nu a mai preluat această prevedere la art. 2090 C. civ., de unde putem deduce intenția legiuitorului de a supune rezilierea unilaterală a contractului de agenție dreptului comun instituit prin dispozițiile art. 1550 și 1552 C. civ., motiv pentru care nu insistăm în acest context asupra procedurii de denunțare a contractului de drept comun²⁷.

În practica judiciară franceză²⁸ s-a considerat că justifică rezilierea contractului situații precum vânzarea de produse concurente, refuzul de a aplica metodele de vânzare ale comitentului, nerealizarea operațiunilor de prospectare a clientelei sau insuficienta furnizare de informații către comitent, în legătură cu clientela sau cu particularitățile zonei geografice conferite prin contract agentului.

O problemă delicată o reprezintă neîndeplinirea cotei de vânzări, dacă poate fi considerată ca fiind culpă gravă. Instanțele franceze au decis²⁹ că pentru a fi o culpă gravă neîndeplinirea cotei, atunci când politica comercială este stabilită de către comitent, trebuie să fie coroborată cu deficiențe ale agentului în prospectarea clientelei. În doctrină³⁰ s-a exprimat și părerea contrară, dat fiind că mandatul este direct responsabil de îndeplinirea mandatului (în dreptul francez agentul este considerat a fi un mandat

civil). În opinia noastră, o soluție echitabilă ar fi interpretarea clauzei, de principiu, ca fiind o obligație de mijloace și nu una de rezultat, dat fiind că rezultatele agentului nu depind doar de activitatea acestuia ci și de competitivitatea produselor comitentului și de conjunctura de pe piață, în special acțiunile concurenței. Doar atunci când rezultă neîndoiebnic din redactarea clauzei contractului sau când economia contractului o reclamă atingerea unei cote de vânzări ar trebui considerată ca o obligație de rezultat.

În practica germană³¹ au fost considerate motive rezonabile de reziliere a contractului, faptul că agentul face concurență comitentului, faptul că nu a transferat corect plățile făcute de clienți pentru comitent, sau când a avut loc schimbarea statutului juridic al agentului din persoană fizică autorizată în persoană juridică.

În practica italiană³², a fost considerată culpă gravă a agentului lipsa de activitate în interesul comitentului, refuzul de a răspunde solicitărilor comitentului, furnizarea de informații false comitentului cu privire la clientelă sau faptul că agentul face concurență comitentului.

Indemnizația datorată în caz de încetare a contractului de agenție. Cele mai aprinse dezbateri la momentul adoptării directivei europene cu privire la agenții (comerciali) permanenți au fost generate de problema indemnizației/despăgubirilor datorate de comitent agentului la încetarea contractului³³. În discuție a fost pusă în special natura acestei compensații, privită în tradiția franceză ca o reparare a prejudiciului cauzat agentului prin încetarea contractului³⁴, iar în tradiția germană ca o compensație pentru clientela pe care agentul a procurat-o comitentului, pe durata contractului de agenție. În tradiția contractuală de common law se aprecia că încetarea unui contract de agenție nu dă dreptul agentului, în principiu, să solicite compensații.

Regimul de protecție al agenților a fost fundamentat în dreptul francez anterior legii de aplicare a Directivei, pe ideea de mandat în interes comun³⁵. În esență, mandatul în interes comun există în situația în care atât mandantul, cât și mandatarul, au un interes în realizarea mandatului, urmărind dezvoltarea unui lucru comun³⁶. Mandatarul este direct interesat în menținerea mandatului, remunerația fiind în acest caz un element secundar, dar este necesar ca și mandantul să aibă un interes în menținerea contractului³⁷.

În cazul contractului de agenție, interesul comun al părților îl reprezintă dobândirea și menținerea unei clientele pentru produsele care fac obiectul distribuției³⁸. Consecința unei astfel de calificări ar fi, într-o opinie, irevocabilitatea mandatului³⁹, sau într-o altă opinie, obligația de a plăti daune-interese⁴⁰ în caz de încetare a contractului din motive neimputabile mandatarului. În materia contractelor de agenție, care sunt contracte de durată, această calificare ar avea ca efect restrângerea libertății de a rupe relațiile contractuale sau de a nu prelungi contractele cu durată determinată doar la situațiile în care există o justificare obiectivă⁴¹. În cazul unor astfel de contracte încheiate pentru o durată determinată și cu posibilitate de reconducțiune nu este permisă denunțarea lor unilaterală înainte de termen, iar partea care dorește încetarea colaborării comerciale la împlinirea termenului trebuie să o justifice în mod obiectiv sub sancțiunea de daune-interese⁴².

Directiva europeană stabilește, la art. 17, un drept de opțiune pentru statele membre în vederea transunerii în legislația internă între o indemnizație având natura unei compensații pentru clientela pierdută și o indemnizație reprezentând o reparare a prejudiciului suferit. Indemnizația compensație este datorată în măsura în care agentul a

procurat noi clienți comitentului sau a sporit semnificativ volumul operațiunilor cu clienții existenți, iar comitentul obține încă foloase substanțiale din operațiunile cu acești clienți. Indemnizația se va acorda doar dacă raportat la circumstanțele concrete ale contractului plata indemnizației este echitabilă.

Indemnizația cu titlu de repararea prejudiciului este datorată de comitent atunci când agentul, ca urmare a încetării contractului, pierde posibilitatea de a încasa comisioanele de care ar fi beneficiat dacă contractul ar fi continuat, sau dacă durata contractului nu a permis agentului amortizarea investițiilor efectuate în vederea executării contractului la recomandarea comitentului.

În urma transpunerii directivei legiuitorul francez a înlocuit termenul de reziliere a contractului, care dă naștere la dreptul la despăgubiri, cu termenul de încetare a contractului, cu consecința acordării indemnizației și pentru încetarea contractului prin împlinirea termenului, chiar dacă soluția a fost criticată de o parte a doctrinei pentru motivul că refuzul de a prelungi sau reînnoi contractul după împlinirea termenului nu constituie o faptă ilicită care să dea dreptul la despăgubiri⁴³.

În dreptul german, obiectivul legii este de a asigura că în urma încetării contractului nu doar comitentul profită de pe urma clientele fidelizate și prin munca agentului, ci că ambele părți mai obțin beneficii în viitor din relația cu această clientelă. În cazul în care agentul pierde clientela în favoarea comitentului primește o indemnizație, cu titlu de compensație, indiferent dacă contractul a încetat prin împlinirea termenului sau prin denunțare unilaterală⁴⁴.

În dreptul italian⁴⁵, pornind de la o tradiție anterioară, indemnizația are un caracter reparator, și compensator, pentru creșterea valorii patrimoniului comitentului ca urmare a activității agentului, în special în ceea ce privește demararea afacerii, ca urmare a încheierii de contracte durabile cu clienții din zona sa geografică.

Legea de aplicare olandeză, și cea belgiană, au optat pentru sistemul german, de indemnizație cu titlu de compensare pentru pierderea clientelei în favoarea comitentului⁴⁶.

Alte țări însă nu au optat tranșant pentru una dintre soluții. Legea britanică a lăsat părților libertatea de a alege prin contract dacă optează pentru o indemnizație compensatoare, de tip german, sau pentru una reparatorie, de tip francez, în caz de lipsă a unei alegeri fiind aplicabil sistemul german. În aplicarea acestei opțiuni, ulterior transpunerii directivei, s-a apreciat de către o curte de apel⁴⁷ că aportul de clientelă (*goodwill*) adus de către agent trebuie tratat ca un activ cesibil pe care comitentul îl "cumpără" prin intermediul indemnizației. Legea de aplicare spaniolă a reținut posibilitatea combinării indemnizației compensatoare cu despăgubirile, preluând ambele variante din art. 17 al Directivei⁴⁸.

Această ultimă variantă, eclectică, pare să fi fost și opțiunea legiuitorului român. Conform art. 2091 C. civ., la încetarea contractului de agentie, agentul este îndreptat să primească de la comitent o indemnizație și, dacă este cazul, și despăgubiri. Indemnizația este datorată doar dacă agentul a procurat noi clienți comitentului sau a sporit semnificativ volumul operațiunilor cu clienții existenți, iar comitentul obține încă foloase substanțiale din operațiunile cu acești clienți. Indemnizația se va acorda doar dacă raportat la circumstanțele concrete ale contractului plata indemnizației este echitabilă. La aprecierea caracterului echitabil textul legal prevede drept criteriu principal comisioanele pe care agentul le pierde ca urmare a încetării contractului sau existența unei obligații de neconcurență postcontractuală.

Astfel, în opinia noastră, reglementarea internă trimite cu prioritate la indemnizația compensație de inspirație germană (art. 17 al. 2 Directivă), art 2091 C. civ. reținând atât mecanismul, cât și plafonarea de un an, spre deosebire de sistemul francez care raportează daunele la plafonul comisioanelor aferente a doi ani de contract, în continuarea tradiției anterioare. Alături de indemnizație, agentul mai poate solicita și daunei interese, dacă sunt întrunite condițiile legale, așa cum permite art. 17 al. 2 lit. c din Directivă. Această prevedere este considerată a avea menirea de a relativiza opoziția dintre cele două sisteme de protecție a agentului la încetarea contractului de agenție⁴⁹.

Valoarea indemnizației este plafonată la o sumă echivalentă cu cuantumul unei remunerații anuale, calculată pe baza mediei anuale a remunerațiilor încasate de agent pe parcursul ultimilor 5 ani de contract. Dacă durata contractului nu însumează 5 ani, remunerația anuală se calculează pe baza mediei remunerațiilor încasate în cursul contractului.

Această limitare vizează doar valoarea maximă a indemnizației. În concret, judecătorul cauzei trebuie să stabilească dacă se datorează indemnizația maximă sau dacă este echitabil ca aceasta să fie stabilită la un nivel inferior. Cu privire la reperatele care trebuie avute în vedere la calculul nivelului indemnizației considerăm că prezintă relevanță decizia CJCE din 26 martie 2009⁵⁰, care a analizat o chestiune prejudicială ridicată chiar în fața instanțelor germane, sistemul juridic sursă al directivei pentru indemnizația compensatorie. Pentru stabilirea cuantumului indemnizației instanțele germane, pornind de la practica anterioară directivei, considerau drept criterii cumulative avantajele aduse comitentului prin activitatea agentului, dacă este echitabilă plata indemnizației și pierderea comisioanelor de către agent, cu consecința stabilirii cuantumului indemnizației la cea mai mică valoare dintre avantajele comitentului, pierderea agentului, sau plafonul maxim al indemnizației. Putem observa, din perspectiva dreptului nostru, un mecanism asemănător îmbogățirii fără justă cauză⁵¹, cu o dublă limitare, atât din perspectiva îmbogățirii comitentului cât și prin prisma însărăcirii agentului.

Curtea a considerat însă că interpretarea corectă a directivei diferă de interpretarea tradițională germană a textului de aplicare, în sensul că pierderea comisioanelor de către agent nu reprezintă o limitare, ci doar unul din elementele care pot fi luate în considerare în stabilirea caracterului echitabil al indemnizației, cu consecința că judecătorul național poate ajusta indemnizația ținând cont de toate circumstanțele concrete ale cauzei. Curtea a apreciat că o interpretare a art. 17 al directivei în sensul unei limitări, în detrimentul agentului, nu este admisibilă⁵². De asemenea Curtea a apreciat că avantajele procurate de agent care se iau în considerare la stabilirea indemnizației sunt strict cele în favoarea comitentului, nu și cele în favoarea altor membri ai grupului economic al comitentului.

Pentru a aprecia dacă indemnizația este echitabilă, jurisprudența germană apreciază cu precădere dacă agentul a avut dreptul la o remunerație minimală, sau dacă comitentul a făcut eforturi mari cu promovarea produselor pe durata executării contractului. Echitatea mai reclamă a aprecia în ce măsură atractivitatea produsului comitentului a făcut pe client să contracteze, și nu activitatea agentului, caz în care este just să fie redusă indemnizația⁵³.

Apreciam că și în dreptul nostru calculul indemnizației trebuie să pornească de la cele două reperate preluate de art. 2091 al. 1 C. civ. din art. 17 al Directivei: limita în care comitentul a

profitat de pe urma activității agentului, care poate fi mai mică decât plafonul maximal, respectiv în ce măsură este echitabil ca agentul să primească această indemnizație. Deși decizia CJCE precitată vorbește de incorecta interpretare a directivei în sensul unei limitări în defavoarea agentului, credem că referința este la o limitare absolută a valorii indemnizației la valoarea comisioanelor pierdute de către agent, de maniera celei de la îmbogățirea fără justă cauză, însă interpretarea nu trebuie extinsă și la imposibilitatea reducerii indemnizației, pentru motive de echitate, la un quantum mai mic decât limita în care a profitat comitentul⁵⁴. În caz contrar, practic textul Directivei ar fi golit de conținut, pentru că nu ar mai opera decât limita măsurii în care ar profita comitentul și limita dată de plafonul maximal, fără a mai avea relevanță cerința ca valoarea indemnizației pe care o primește agentul să fie în concret echitabilă. Aprecierea caracterului echitabil se face de judecătorul național, pornind de la principiile de drept naționale, însă ținând cont, în principal de obiectivele urmărite prin normele comunitare, așa cum a arătat prin decizia din 23 martie 2006 CJCE⁵⁵, la sesizarea instanțelor italiene.

În ceea ce privește aprecierea quantumului valoric al avantajelor substanțiale de care profită comitentul de pe urma agentului, jurisprudența germană apreciază că trebuie făcută o analiză de la caz la caz a perioadei în care comitentul va profita de clientela procurată de agent, în funcție și de natura produsului intermediat, de caracteristicile pieței pe care acționează agentul, evaluare care se face, în general, pe următorii doi-trei ani⁵⁶.

Textul directivei, preluat și de Codul civil, prevede că dreptul la indemnizație se stinge dacă agentul ori, după caz, succesorul acestuia nu îl pune în întârziere pe comitent, cu privire la pretențiile sale, într-un termen de un an de la data încetării contractului de agenție. Considerăm că avem de a face cu un termen de decădere de interes privat. Deși art. 2547 C. civ. stabilește că, de regulă, termenele înăuntrul cărora trebuie exercitate drepturile subiective civile sunt cele de prescripție, în cazul acestui termen de un an apreciem că formularea textului legal ne îndoielnic la un termen de decădere. Astfel, art. 2091 al. 5 C. civ., preluare fidelă a art. 17 al. 5 al directivei, vorbește despre pierderea dreptului la indemnizație în termen de un an, efect specific decăderii, și nu despre pierderea dreptului material la acțiune ca în cazul prescripției. Interesul ocrotit prin instituirea termenului este cel al comitentului, astfel încât apreciem că termenul de decădere este unul de interes privat.

Din caracterul imperativ al reglementării indemnizației, rezultă că excluderile de la dreptul la indemnizație al agentului, sunt de strictă interpretare. Dreptul la indemnizație se pierde dacă încetarea contractului se datorează unei încălcări de către agent a obligațiilor sale, sau dacă agentul denunță unilateral contractul (art. 18 Directivă, art. 2092 C.civ.).

Determinarea caracterului grav al încălcării contractului de către agent, care să justifice rezilierea, se face conform principiilor de drept naționale, așa cum am dezvoltat anterior, la partea privitoare la rezilierea contractului.

În legătură cu această excludere de la dreptul la indemnizație, în dreptul german s-a pus în discuție în ce măsură este compatibilă cu aplicarea directivei practica anterioară care permitea suprimarea dreptului la indemnizație pentru agent în cazul în care au existat din partea acestuia încălcări grave ale obligațiilor, chiar dacă încetarea contractului a avut loc prin împlinirea termenului. Prin decizia din 28 octombrie 2010⁵⁷, CJCE a decis că pentru a opera

excluderea de la plata indemnizației trebuie să existe o legătură de cauzalitate între încălcarea contractului imputabilă agentului și decizia comitentului de a înceta contractul fără plata indemnizației. În măsura în care comitentul nu ia la cunoștință despre încălcarea obligațiilor de către agent decât după încetarea contractului nu este posibilă aplicarea art. 18 lit. a din Directivă (excluderea indemnizației).

În cazul în care denunțarea agentului este motivată de cauze precum decesul, vârsta, infirmitatea ori boala agentului, care împiedică în mod justificat continuarea activităților acestuia, sau de cauze justificate, imputabile comitentului, dreptul la indemnizație subzistă. În schimb, atunci când agentul a cedat contractul său sau când între părți operează o novație a contractului de agenție prin înlocuirea agentului cu o terță persoană nu există un drept la indemnizație. Toate aceste norme imperative sunt păstrate și în cuprinsul noului Cod civil, la art. 2088 – 2093, identice cu vechea reglementare.

Despăgubiri datorate în caz de încetare a contractului de agenție. Art. 2091 a. 3 C. civ. permite agentului să solicite, chiar și în cazul în care a primit indemnizația, despăgubiri pentru pagubele suportate prin încetarea contractului. Despăgubirile pot fi solicitate în caz de reziliere a contractului din culpa comitentului, precum și, în opinia noastră, în situațiile în care denunțarea contractului sau neprelungirea contractului la împlinirea termenului a fost una abuzivă. Conform art. 17 al directivei, în cazul legislațiilor naționale care au optat pentru compensația cu titlu de reparație, cum este cazul legislației franceze, aceste pagube constau, cu precădere, în echivalentul comisioanelor pierdute de agent ca urmare a încetării contractului, de care s-ar fi bucurat în mod normal, și de care profită acum comitentul, respectiv în investițiile efectuate în interesul realizării obiectivelor contractului, la recomandarea comitentului, și care nu au fost încă amortizate.

Se ridică întrebarea în ce măsură aceste repere mai sunt aplicabile pentru legislațiile naționale care au optat, cu prioritate, pentru indemnizația compensatoare, cum este și cazul legislației române. Are agentul un drept de opțiune între cele două acțiuni menite să-l protejeze, sau este vorba de acțiuni care pot fi exercitate cumulativ.

În opinia noastră, art. 2091 al. 1 și 3 C. civ., respectiv art. 17 al. 2 al directivei trebuie interpretate în sensul că este vorba de două acțiuni cumulative, după cum lasă să se înțeleagă și formularea textelor legale. Totuși apreciem că prin cumularea celor două acțiuni nu trebuie să se ajungă la o dublă compensare a agentului, practic pentru aceeași pierdere. Astfel, în măsura în care agentul a primit indemnizația de la comitent pentru clientela formată pentru acesta, nu mai este îndreptățit să ceară, cu titlu de daune, valoarea comisioanelor care ar fi fost posibil să le câștige de pe urma acestor clienți, pierderea clientelei fiind compensată pe calea indemnizației. Dat fiind că indemnizația este plafonată la valoarea medie a comisioanelor încasate într-un an, teoretic se pot concepe situații în care contractul de agenție este reziliat din culpa comitentului, iar pagubele rezultate în urma pierderii comisioanelor pentru agent să fie mai mari decât indemnizația. Într-o astfel de situație apreciem că agentul, în favoarea căruia operează măsurile de protecție, poate opta pentru acțiunea mai favorabilă, fără însă a cumula cele două forme de reparație pentru pierderea clientelei.

În schimb, considerăm că nu există un cumul în ceea ce privește indemnizația și dauna suferită datorită cheltuielilor neamortizate, fiind posibilă cumularea celor două acțiuni.

Investițiile efectuate de către agent la cererea comitentului sunt un domeniu propice pentru apariția unor conduite abuzive prin care comitentul să încerce să profite de pe urma agentului⁵⁸, și care se impun a fi sancționate prin plata de daune interese. Evoluția pieței produselor cu privire la care se derulează colaborarea comercială necesită investiții, adaptări, campanii de promovare care nu pot fi previzionate cu exactitate de la momentul încheierii contractului de agenție. Interesul comun determină părțile să reacționeze corespunzător, în vederea obținerii unor profituri viitoare. Atunci când contractul este reziliat datorită culpei comitentului, investițiile neamortizate pot fi solicitate pe temeiul răspunderii contractuale, alături de indemnizația pentru clientelă. La denunțarea unilaterală sau împlinirea termenului însă, dacă una dintre părți urmărește să profite ilegal de pe urma operațiunilor efectuate de cealaltă parte în interes comun, conduita este una abuzivă și, conform art. 1353 C. civ., sunt întrunite condițiile răspunderii civile delictuale.

Jurisprudența franceză a sancționat⁵⁹ furnizorii care au urmărit să profite de pe urma activității distribuitorului, lăsându-l să creadă că va fi prelungit contractul, pentru ca la termen să refuze prelungirea, sau care au pretins distribuitorului anumite investiții pentru continuarea colaborării, pentru ca, după efectuarea lor, contractul să nu fie reînnoit. În astfel de situații apreciem că pot fi cumulate daunele rezultate în urma unor conduite abuzive ale comitentului cu indemnizația, care vizează compensarea clienței pierdute, chiar dacă încetarea contractului are loc prin împlinirea termenului sau denunțarea unilaterală.

Dacă aceste investiții au fost prevăzute la momentul încheierii sau al reînnoirii (prelungirii) contractului, în principiu se poate considera că părțile au determinat durata colaborării comerciale care va permite amortizarea investiției și obținerea unor profituri. Totuși, în cazul în care agentul se află în raporturi de dependență⁶⁰ față de comitent, apreciem că problema poate fi nuanțată. Imposibilitatea practică de a negocia durata contractului duce de multe ori la situații în care durata convenită inițial nu poate permite nici măcar teoretic, în cele mai bune condiții de piață, recuperarea investiției, agentul mizând în mod evident pe o prelungire a contractului după împlinirea termenului. Cu cât investițiile solicitate de către cealaltă parte sunt mai costisitoare, cu atât este mai în drept cel care le-a efectuat să se aștepte la o anumită stabilitate a colaborării comerciale, în măsura în care obligațiile contractuale sunt executate corespunzător pe durata termenului convenit inițial.

Este o practică răspândită încheierea unor contracte-tip propuse de comitenți cu durată de un an și cu posibilitate de reînnoire sau prelungire anuală (expresă sau tacită). Chiar și atunci când investițiile efectuate la cererea comitentului rămân în proprietatea agentului, acestea nu îi mai sunt folositoare în cazul în care este nevoit să se reorienteze spre intermedierea altor produse, aspect ce trebuie avut în vedere de către instanță la stabilirea cuantumului daunelor-interese.

De aceea apreciem că, în ipoteza existenței unor raporturi de dependență, dacă investițiile cerute părții dependente sunt de natură a crea acesteia convingerea că va continua colaborarea comercială și după împlinirea termenului convenit prin contractul de agenție, datorită imposibilității absolute de amortizare a lor și datorită existenței în contract a unor clauze de prorogare sau reconducțiune, neprelungirea nejustificată a contractului sau neîncheierea nejustificată a unui nou contract similar sunt exercitări abuzive ale dreptului de a nu prelungi, respectiv a nu reînnoi contractul, din partea comitentului⁶¹.

Mai clar apare abuzul în situația în care investițiile sunt solicitate celeilalte părți, sau chiar numai recomandate conform textului directivei, ulterior încheierii contractului la un moment apropiat relativ de cel al împlinirii termenului contractual. Cum partea care efectuează investițiile urmărește în final obținerea de profit, apare ca de la sine înțeles faptul că aceasta acceptă să suporte unele costuri suplimentare în considerarea continuării raporturilor contractuale și după împlinirea termenului convenit inițial. Aceasta este conduita normală, rezonabilă, la care se așteaptă un contractant căruia i se cere efectuarea unor investiții suplimentare din partea celuilalt contractant. În astfel de circumstanțe dacă partea care a solicitat efectuarea investițiilor refuză nejustificat prelungirea sau reînnoirea contractului la împlinirea termenului stipulat inițial, ea se face vinovată de abuz de drept, acționând fie cu rea credință, fie de o manieră nerezonabilă, anormală, contrară bunei credințe.

Când investițiile sunt efectuate voluntar de către una din părți pe parcursul derulării contractului, fără a exista o stipulație în acest sens sau o recomandare din partea comitentului, apreciem că nu mai poate fi vorba de un abuz atunci când cealaltă parte decide încetarea raporturilor contractuale la împlinirea termenului. Chiar dacă de aceste investiții profită și comitentul, ca rezultat al interesului comun în cucerirea clientelei, această simplă stare de fapt, care nu mai este rezultatul unei acțiuni a părții în profit, nu poate constitui în sine un abuz. Lipsește în acest context intenția de a păgubi sau de a profita de agent, ori o conduită excesivă și nerezonabilă.

În plus, o interpretare în sens contrar ar permite unui contractant să forțeze prelungirea unui contract dincolo de termenul stabilit prin efectuarea unor investiții din proprie inițiativă, ceea ce considerăm a fi juridic inacceptabil. În acest sens, instanțele franceze au apreciat că nu există abuz în cazul în care un distribuitor a efectuat investiții din proprie inițiativă, datorită scăderii semnificative a vânzărilor, iar furnizorul nu a mai reînnoit contractul la expirarea termenului convenit inițial⁶².

În cazul contractului pe durată nedeterminată se poate pune mai acut problema investițiilor solicitate celeilalte părți la încheierea sau pe parcursul executării contractului de agenție. Spre deosebire de un contract pe durată determinată, nu se poate nici măcar prezuma o durată convenită de părți care să permită amortizarea investiției. Cum scopul oricărui parteneriat de afaceri este obținerea de profit, există o așteptare rezonabilă din partea partenerului care a efectuat investiția ca raporturile de afaceri dintre părți să dureze cel puțin un timp care să permită, în condiții normale de piață, recuperarea investiției.

În cazul existenței unor motive justificate, cum ar fi ineficacitatea partenerului sau executarea de către acesta a obligațiilor cu întârziere, denunțarea unilaterală a contractului cu durată nedeterminată este justificată oricând. În lipsa unor motive rezonabile, apreciem că denunțarea unilaterală a contractului de agenție, chiar și cu respectarea preavizului, înainte ca investiția solicitată sau recomandată celeilalte părți să poată fi amortizată în condiții normale de piață, reprezintă o conduită nerezonabilă, contrară bunei credințe și constituie un abuz de drept⁶³ care poate atrage obligarea comitentului la plata de daune-interese.

La aprecierea duratei minimale a contractului, considerăm că trebuie luat în considerare nu momentul la care în speță s-a realizat efectiv amortizarea investiției, fiindcă un risc există în orice afacere, ci un interval de timp în care, în condiții normale de piață, avute în

vedere la încheierea contractului, un agent diligent ar fi recuperat investiția. Totuși, dacă în mod excepțional investiția a fost recuperată mai repede decât previziunea inițială pentru un agent diligent, din acel moment denunțarea unilaterală nu mai este susceptibilă de abuz pentru acest motiv⁶⁴.

După cum am arătat, abuzul de drept poate exista doar în ipoteza în care investițiile au fost recomandate de către partea care a denunțat contractul. În cazul investițiilor efectuate voluntar de către agentul concediat, nu mai sunt întrunite condițiile existenței abuzului de drept.

Concluzii. În final, dorim să subliniem, cu valoare de concluzie pentru problemele analizate, că efortul de armonizare al regimului juridic al contractului de agenție a întâlnit cele mai mari provocări la partea legată de încetarea contractului. Deși toate legislațiile europene au acceptat necesitatea unei compensații pentru agent la încetarea contractului de agenție, natura sa poate fi diferită în funcție de sistemul de drept național aplicabil, fie indemnizație, fie reparare a prejudiciului, fie o alternativă între cele două opțiuni. De asemenea aprecierea culpei grave a uneia dintre părți în încălcarea contractului de agenție, și mecanismul consecutiv de desființare a contractului sunt supuse regulilor de drept naționale.

Cu toate acestea, interpretările legislațiilor naționale în jurisprudență evoluează, și sub influența deciziilor Curții de Justiție a Uniunii Europene, înspre o convergență care poate duce la soluții similare pentru chestiunile litigioase concrete, chiar dacă rămân nuanțe diferite în funcție de particularitățile dreptului național aplicabil, iar motivarea juridică poate să fie diferită. De aceea chiar dacă directiva europeană a lăsat descisă posibilitatea alegerii naturii compensației pentru agent la încetarea contractului, nu împărtășim opinia că diferențele naționale rămase reprezintă un eșec al armonizării urmărite de directivă⁶⁵, ci ne exprimăm speranța că rămâne plauzibil dezideratul unui regim unitar, chiar dacă fondat pe interpretări diverse, în funcție de tradițiile și particularitățile fiecărui sistem de drept național.

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

¹ În vederea armonizării reglementărilor naționale ale statelor membre ale UE cu privire la intermediarii agenți (comerciali) a fost adoptată Directiva nr. 86/635/1986, publicată în Jurnalul oficial nr. 382/31.12.1986, referitoare la agenții independenți care are ca obiectiv, prin transpunerea sa în dreptul intern al statelor membre, să creeze un statut juridic unic la nivelul pieței comune pentru această categorie de intermediari în operațiunile de distribuție.

² Prin obligații cu executare durabilă înțelegem acele obligații care se execută continuu sau eșalonat o perioadă de timp – determinată sau nedeterminată. Pentru o analiză a acestei categorii de obligații J.M. Mousseron, *Tehnică contractuelle*, Ed. Francis Lefebvre, Paris, 1999, pag. 345-347.

³ În sensul art. 1225 C. civ. de operațiune juridică avută în vedere de părți.

⁴ Pentru dezvoltări pe această temă Ș. Diaconescu, *Considerații asupra naturii juridice a contractului de agenție*, în S.U.B.B., nr. 4/2014.

⁵ Pentru analiza regimului juridic al clauzelor considerate nescrise, M. Nicolae, *Nulitatea parțială și clauzele considerate nescrise în lumina Noului Cod civil. Aspecte de drept material și drept tranzitoriu*, în Dreptul, nr. 11/2011, pag. 11-39; Ș. Diaconescu, *Unele considerații cu privire la sancțiunea nulității și la noțiunea de clauză nescrisă în reglementarea noului Cod civil*, în S.U.B.B. nr. 3/2013.

- ⁶ Art. 15 din Directivă permite fixarea duratei maxime a termenului de preaviz la trei luni, însă statele membre au opțiunea de a prelungi până la șase luni aceste termene, proporțional cu durata raporturilor contractuale dintre comitent și agent.
- ⁷ Art. 1750 al. 3 C. civ. it.
- ⁸ Art. 134 – 11, al. 3 C. com. fr.
- ⁹ Care sancționează ca nescrise clauzele care încalcă normele imperative de protecție pentru agent de la art. 2079, 2080, 2084, 2085, 2086 al. 1, 2 și 4, 2090 și 2091 C. civ.
- ¹⁰ L. Vogel coord., *Les agents commerciaux en Europe, échec de l’harmonisation?*, Ed. Panthéon Assas, Paris, 2012, nr. 220, p. 131.
- ¹¹ J. M. Leloup, *L’agence commerciale en Europe*, în *Aspects contemporains du droit de la distribution et du commerce*, Ed. Montchrestien, Paris, 1996, p. 22 *apud* L. Vogel, *op. cit.*, nr. 216, p. 129.
- ¹² L. Vogel, *op. cit.*, nr. 228, p. 135.
- ¹³ C. Lavabre, *Elements de la problematique de l’après-contract: les clauses de negociation, de prorogation et de reconduction*, în RJDA, nr. 5/2003, p. 412.
- ¹⁴ Pentru detalii Ș. Diaconescu, *Încetarea contractului-cadru de distribuție. Împlinirea termenului și denunțarea unilaterală.*” în RRD Af., nr. 9/2006.
- ¹⁵ B. Kohl, *Clauses wich put an end to the contract and clauses wich survive the contract*, partea a – II – a, *Clauses governing the continuation of the contractual relationship*, în RDAI, nr. 3-4/2002, p. 449.
- ¹⁶ *Ibidem*, p. 448.
- ¹⁷ J.M. Mousseron, *op. cit.*, p. 357.
- ¹⁸ C. Lavabre, *op.cit.*, p. 412.
- ¹⁹ J.M. Mousseron, *op. cit.*, p. 357.
- ²⁰ B. Kohl, *op. cit.*, p. 450.
- ²¹ *Idem*. A se vedea și J.M. Mousseron, *op. cit.*, p. 358. Conform acestui ultim autor, chestiunea menținerii garanțiilor după prorogare este nuanțată în doctrină, însă practica judiciară s-a pronunțat cvasiunanim în acest sens.
- ²² B. Kohl, *op. cit.*, p. 450.
- ²³ J.M. Mousseron, *op. cit.*, p. 358.
- ²⁴ C. Lavabre, *op.cit.*, p. 412.
- ²⁵ Pentru detalii J.M. Mousseron, *op. cit.*, p. 360, Ș. Diaconescu, *op. cit.*
- ²⁶ Legea nr. 509/2002 cu privire la agenții comerciale permanenți.
- ²⁷ Pentru detalii, P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații* Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 522 – 523; L. Pop, I. F. Popa, I. S. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 294 - 296.
- ²⁸ Pentru detalii, D. Ferrier, *Droit de la distribution*, ed. II, Litec, Paris, 2000, p. 95 – 96.
- ²⁹ Casația franceză, secția comercială, decizia din 22 mai 2002, D. 2002, p. 3004; C. Ap. Paris, decizia din 11 februarie 2004, D. 2004, p. 150.
- ³⁰ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 96.
- ³¹ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 225, p. 134.
- ³² *Ibidem*, nr. 226, p. 134.
- ³³ *Ibidem*, nr. 229, p. 135.
- ³⁴ C. Diloy, *Le contrat d’agence commerciale en droit international*, Ed. L.G.D.J., Paris, 2000, p. 120 – 121.
- ³⁵ M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *Traite des contrats, Les contrats de la distribution*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., Paris, L.G.D.J., 1999, p. 169-173; D. Ferrier, *op. cit.*, p. 79-99. Pentru o dezvoltare a acestei teorii în dreptul nostru M. Bocșan, *Mandatul în interes comun*, în Dreptul, nr. 2/2001, p. 64-71.

- ³⁶ M. Bocșan, *op. cit.*, p. 66.
- ³⁷ A se vedea J. Cantoni, *La rupture du contrat d'agent commercial et le decret du 23 decembre 1958*, th. Sirey, 1970, p. 17 apud M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, p. 169.
- ³⁸ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 81.
- ³⁹ M. Bocșan, *op. cit.*, p. 68-69; I. Reghini, *Observații privind mandatul civil în interes comun*, în S.U.B.B. nr. 2/2001, p. 74-75.
- ⁴⁰ A. Benabent, *Les contrats speciaux civils et commerciaux*, ed. a-V-a, Ed. Montchrestien, Paris, 2001, nr. 682-683, p. 435-436.
- ⁴¹ M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, p. 171.
- ⁴² *Idem.*
- ⁴³ D. Ferrier, *op. cit.*, p. 97 - 98.
- ⁴⁴ C. Diloy, *op. cit.*, p. 228.
- ⁴⁵ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 234 – 235, p. 138 – 139.
- ⁴⁶ C. Diloy, *op. cit.*, p. 229, nota 984.
- ⁴⁷ *Page v. Combined Shipping and Trading Co Ltd.* apud L. Vogel, *op. cit.*, nr. 236, p. 139.
- ⁴⁸ C. Diloy, *op. cit.*, p. 229.
- ⁴⁹ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 267, p. 162.
- ⁵⁰ CJCE, dosar C-348/2007, *Semen c. Deutche Tamoil GmbH*.
- ⁵¹ Art. 1345 C. civ.
- ⁵² CJCE, dosar C-348/2007, *Semen c. Deutche Tamoil GmbH*, punctele 20 și 21 din Decizia din 26 martie 2009.
- ⁵³ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 260, p. 156, cu autorii și deciziile citate.
- ⁵⁴ *Ibidem*, p. 157 - 158
- ⁵⁵ CJCE, dosar C-465/2004, *Honivem Informationi Commerciali Srl c. De Zotti*.
- ⁵⁶ L. Vogel, *op. cit.*, nr. 257, p. 153.
- ⁵⁷ CJCE, dosar C-203/2009, *Volvo Car Germany GmbH c. Autohof Weidensdorf*.
- ⁵⁸ Pentru o sinteză a practicii franceze în domeniul distribuției M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, p. 162 – 168.
- ⁵⁹ A se vedea D. Ferrier, *op. cit.*, p. 277, M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, p. 180-181.
- ⁶⁰ Contractele de dependență economică au fost definite ca fiind acorduri care guvernează o activitate derulată sub formă profesionalizată, în care unul dintre parteneri, cel aservit, este tributar, pentru existența și supraviețuirea sa (economică s.n.), relațiilor permanente, privilegiate sau exclusive, stabilite cu cocontractantul său, partener privilegiat, cu efectul plasării în dependență economică față de acesta, sub dominația sa - G. Virassamy, *Les contrats de dependence*, LGDJ, Paris, 1986, n. 226, pag. 162. Pentru dezvoltări în dreptul nostru, Ș. Diaconescu, *Contractul cadru de distribuție comercială*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 69 – 80.
- ⁶¹ Pentru abuzul de drept în materie contractuală Ș. Diaconescu, *Abuzul de drept, mecanism pentru justiția contractuală*, în *Abuzul de drept. În Onorom Ion Luță 70*, Ed. Universul Juridic, București, 2015. Pentru dreptul francez a se vedea și, B. Fages, *L'abus de droit dans les contrats des distribution*, Cah.dr.ent., nr. 6/1998., p. 11-18; M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, p. 167 - 168.
- ⁶² M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, pag. 165.
- ⁶³ În acest sens B. Fages, *op. cit.*, pag. 16. Curtea de casație franceză s-a pronunțat inițial împotriva unei astfel de interpretări. Într-o speță recentă, însă, această idee găsește ecou (D. 1999, pag. 114, notă D. Mazeaud).
- ⁶⁴ M. Behar-Touchais, G. Virassamy, *op. cit.*, pag. 168.
- ⁶⁵ L. Vogel, *op. cit.*, p. 168.

ARTICOLE

OPOZABILITATEA CONDIȚIILOR GENERALE DE BANCĂ FAȚĂ DE CONSUMATORI

Juanita GOICOVICI*

Summary: The Opposability of general banking clauses against consumers. *The study of general banking clauses shows that the referential clauses are very frequent in contracts concluded by consumers and that a number of differences, some slight and others more marked, become apparent between various banking agreements. General provisions which have not been individually negotiated may be invoked against consumers only if the bank took reasonable steps to bring them to the consumer's attention before the conclusion of the contract. Moreover, the legislator has recognized the consumers' right to act to suppress abusive clauses contained in the standard form contracts, such as credit agreements. Romanian jurisprudence only made timid usage of the mechanism of abusive clauses in the case of banking general provisions. Finally, a two-fold approach would appear to be emerging with regard to contractual obligations generated by general banking clauses: those which result from a referential clause and those which arise out of an express agreement.*

Cuvinte-cheie: *condiții generale; opozabilitate; clauza de referire; contracte bancare; consumatori.*

Keywords: *general provisions; opposability; referential clause; banking contracts; consumers.*

1. Observații introductive

1.1. Consumatori vs. bănci. Studiarea condițiilor generale de bancă indică faptul că stipulațiile contractuale de reglementare a cadrului general pentru relațiile dintre bănci și consumatori sunt în practică extrem de numeroase. În termeni de opozabilitate, însă, diferențe mai accentuate, altele mai puțin marcante pot fi semnalate între efectele clauzelor bancare de referință. Concepute unilateral de către bancă, în intenția de a stabili reguli generale pentru ansamblul contractelor bancare dintr-o anumită specie, condițiile generale de bancă devin parte integrantă a contractului prin acceptarea lor de către consumator.

Paradoxul se conturează însă din clipa în care se face distincție între acceptarea expresă a unor condiții generale punctuale (i) și acceptarea globală a acestora printr-o clauză de referință (ii). Clauza de referință ia forma unei prevederi contractuale prin care consumatorul își exprimă acordul cu privire la incidența condițiilor bancare generale asupra

raportului contractual concret dintre el și bancă. Simpla inserare a unei clauze de tipul „Clientul este de acord ca prezentul contract să fie guvernat de condițiile generale ale băncii” nu este însă suficientă pentru a atrage *sine qua non* opozabilitatea față de consumator a respectivelor prevederi generice, această opozabilitate fiind condiționată de cunoașterea efectivă de către client a conținutului, prin punerea la dispoziție de către bancă a documentului cuprinzând condițiile generale¹.

1.2. Factori care influențează opozabilitatea condițiilor generale. Condițiile generale de bancă sunt parte integrantă a unor contracte de adeziune, în accepțiunea de contracte ale căror clauze reprezintă rodul voinței unilaterale a uneia din părți (a profesionistului), cealaltă parte (consumatorul) neavând posibilitatea de a le discuta ori negocia², ci numai pe aceea de a adera sau nu la setul global de norme private în cauză.

Conform distincțiilor operate de doctrină³, documentele remise consumatorului la încheierea contractului ca anexă la acesta (i) pot fi disjuncte de documentele neremise la încheierea contractului, însă afișate la sediul băncii / pe site-ul instituției bancare (ii). Acestea din urmă dobândesc statut de document contractual în măsura în care se asigură certitudinea consimțământului clientului în cunoștință de cauză, față de prevederile contractuale generale elaborate de bănci.

Testul opozabilității condițiilor generale de bancă față de consumatorul concret depinde, prin urmare, de factori precum: (a) aducerea efectivă la cunoștința clientului a conținutului condițiilor generale; (b) referința expresă în contract la condițiile generale de bancă, urmată de acordul scris al clientului cu privire la aplicabilitatea acestora⁴; (c) claritatea exprimării / caracterul neechivoc al condițiilor bancare generale, în contextul în care orice clauză neclară, susceptibilă de înțelesuri multiple va fi interpretată în favoarea consumatorului și în contra autorului acestuia (instituția bancară)⁵.

Ne propunem în paragrafele care urmează să analizăm situațiile în care intervine opozabilitatea față de consumatori a condițiilor bancare generale, dincolo de cerința *sine qua non* a clauzei exprese de referire (i), accentul căzând pe dovada remiterii efective a documentelor către consumator (ii), teza centrală fiind aceea că opozabilitatea condițiilor generale de bancă este condiționată suplimentar de punerea conținutului la dispoziția consumatorului (cerința accesului rezonabil), astfel încât acceptarea condițiilor generale să fi intervenit în cunoștință de cauză.

2. Clauzele de referință

2.1. Noțiune. Clauza de referință reprezintă clauza din contractul principal care face trimitere la condițiile generale de contractare practicate de ofertant, incluzându-le ca parte integrantă a contractului concret încheiat cu consumatorul. Documentul contractual principal (în accepțiunea de *instrumentum*) conține în acest caz o clauză expresă care face referire la condițiile generale de bancă, prevedere care trebuie să fie redactată în termeni clari, neechivoci, pentru a se sustrage reprimării ca fiind clauză abuzivă (art. 1, alin. (1) din Legea nr.

193/2000 privind clauzele abuzive, modificată). În practica bancară, clauza de referință ia cel mai adesea forma unei prevederi prin care consumatorul își exprimă acordul cu privire la aplicarea condițiilor generale de bancă raportului contractual generat de contractul principal⁶.

Documentul bancar cuprinzând condițiile generale nu va putea fi opus consumatorului decât cu condiția dobândirii statutului de document contractual, or pentru aceasta este nevoie să existe certitudinea că au ajuns la cunoștința clientului⁷, în caz contrar clauza de referință riscând să fie calificată drept abuzivă. Clauza de referință care face trimitere în termeni evazivi, imprecisi ori dolosivi la condițiile generale de bancă face parte din categoria clauzelor abuzive absolute, efectele sale neputând fi atenuate prin drepturi corelative acordate consumatorilor. În acest context, simplul drept abstract, generic al consumatorului de a solicita acces la documentele conținând condițiile generale de bancă nu este suficient *per se* pentru considerarea acestora ca parte integrantă a contractului, banca trebuind suplimentar să poată face dovada luării efective la cunoștință de către client despre conținutul acestor condiții generale⁸.

Clauza de incorporare a condițiilor generale prin referire trebuie să fie expresă, în raporturile cu consumatorii nefiind acceptabilă vreo prezumție a existenței acordului tacit al clientului cu privire la condițiile generale de bancă. Practica judecătorească franceză conține soluții pretoriene de accentuare a condițiilor de validitate, în sensul în care s-a decis că, în ipoteza existenței condițiilor generale de bancă pe *verso*-ul documentului contractual principal, este necesară o clauză expresă de referință pe *recto*-ul documentului, urmată de semnătura clientului, pentru a le face opozabile consumatorului⁹.

2.2. Un derivat al obligației precontractuale de informare. Unul din aspectele importante în discuția despre acceptarea condițiilor generale de bancă de către consumator se referă la faptul că, potrivit dispozițiilor legale în vigoare – pornind de la caracterul de adeziune¹⁰ al majorității contractelor încheiate de consumatori fără negociere – profesioniștii au obligația de a furniza un exemplar al ofertei / anexelor privind condițiile generale oricărui potențial client la solicitarea acestuia, astfel încât consumatorul să poată reflecta asupra termenilor contractuali propuși mai înainte de semnarea acestora. Conform art. 5 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive, cu modificările ulterioare, „În cazul contractelor standard preformulate, comerciantul are obligația să remită la cerere, oricărei persoane interesate un exemplar din contractul pe care îl propune”. Această obligație derivă din obligația de informare precontractuală și este concepută să permită potențialului client să reflecteze suficient de mult timp asupra clauzelor contractuale tipizate, în afara spațiilor comerciale ale ofertantului și fără a suporta presiuni din partea acestuia. Exemplarul din ofertă / anexe poate fi procurat spre simpla consultare, fără obligația consumatorului de a contracta și poate fi ridicat de la sediile profesionistului pentru a fi lecturat la domiciliu ori comparat cu ofertele concurenților¹¹.

În timp ce dolul nu se prezumă, operând dimpotrivă prezumția relativă de bună-credință, în cazul obligației de informare incumbând profesioniștilor, contra acestora operează două prezumții: (i) *prezumția irefragabilă de bună cunoaștere a domeniului*, în sensul în care profesionistului autorizat nu i se acceptă proba contrară, a proastei / insuficienței cunoașteri a

domeniului în care activează, în scopul exonerării sale de răspundere; (ii) *prezumția relativă de rea-credință*, în sensul în care în prima fază consumatorul este dispensat de proba relei credințe a profesionistului, acestuia din urmă revenindu-i sarcina de a răsturna prin probe prezumția relativă a relei sale credințe. Spre deosebire de raporturile de drept civil, dreptul consumului cunoaște prezumția inversă, a relei-credințe a profesioniștilor în cazurile de prejudiciere suspectată a intereselor consumatorilor, astfel încât sarcina probei bune-credințe se află pe umerii profesioniștilor.

2.3. Interpretarea clauzelor contractuale în favoarea consumatorului. Din caracterul de contract de adeziune al majorității contractelor încheiate cu consumatorii (clauzele fiind preredactate de către profesioniștii comerțului sau serviciilor) decurge și principiul interpretării clauzelor obscure în favoarea consumatorului / în contra autorului lor (profesionistul bancar). Principiul amintit este consacrat expres în textul art. 77 din Codul român al consumului, conform căruia „În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi interpretate în favoarea consumatorului”. Ambiguitatea clauzelor bancare tipizate poate origina în redactarea obscură sau incompletă a acestora¹² (i), cât și în contradicțiile existente între clauzele exprese ale contractului principal și una sau mai multe condiții generale de bancă (ii). Prin urmare, ambiguitatea clauzelor bancare preredactate poate fi una *intrinsecă*, însemnând că simpla lectură a clauzei nu permite decriptarea sensului și a efectelor acesteia (a) sau una *extrinsecă*, când clauza în sine este redactată în termeni clari, însă își pierde din semnificație în corelație cu alte dispoziții contractuale care o contrazic (b).

Printre condițiile generale de bancă pot figura clauze de confidențialitate sau de afectare a reputației băncii, care sunt în realitate nule absolut ca fiind abuzive, întrucât restrâng liberul acces la justiție al consumatorului, ca drept garantat constituțional¹³. Pentru sancționarea clauzei ca abuzivă este suficient ca aceasta să aibă potențialul de a limita liberul acces la justiție al consumatorului; caracterul temeinic sau nu al plângerii face obiectul analizei instanțelor fondului, în funcție de probele aduse, însă clauza rămâne abuzivă pentru că stânjenește opțiunea consumatorului de a solicita verificarea juridică a speței. În acest context, nulitatea clauzei de confidențialitate / penalizare pentru afectarea reputației băncii este atrasă de două resorturi: îngrădirea liberului acces la justiție (drept garantat constituțional) și timorarea consumatorului în a antrena remedii juridice în derularea raporturilor contractuale de credit, sub amenințarea cu plata de despăgubiri.

Pe de altă parte, cerința caracterului *lizibil* al clauzelor este o exigență formală (art. 1, alin. (1) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive) menită să dubleze condiția caracterului clar al conținutului, întrucât pot exista clauze bancare clare, neechivoce, însă a căror vizibilitate formală este deficitară, îngreunând pentru consumator posibilitatea de a le lectura.

3. Proba cunoașterii efective a condițiilor generale. După cum am menționat, fără dovada adusă de bancă a luării la cunoștință de către consumator despre conținutul condițiilor generale, acestea nu vor face parte integrantă din contractul semnat¹⁴. În practică, pentru

consumatorul profan, dacă nu i se remite efectiv un anumit document contractual, inclusiv ca anexă la contract, acesta va fi îndreptățit să se considere ținut numai de cuprinsul documentului pe care l-a semnat. Pe de altă parte, dacă pentru a consulta condițiile generale de bancă, i se solicită să acceseze pagina web a instituției bancare sau să identifice la sediul băncii afișajul privitor la condițiile generale, există riscul ca clientul să nu întreprindă demersuri de a se informa prea complicate sau incomode.

În aceste condiții, dacă banca contractantă a optat pentru o simplă clauză de referință, fără a anexa la contract cuprinsul condițiilor bancare generale, aceasta își asumă riscul ca în instanță, în eventualitatea unui litigiu, să nu poată face proba cunoașterii de către client a clauzelor generale. Simpla afișare la sediul băncii a respectivelor condiții generale nu reprezintă în sine o garanție de accesibilitate, întrucât pentru a deveni document contractual nu este suficient ca documentul condițiilor generale să fi fost potențial accesibil clienților spre consultare, ci este necesar ca fiecare client individual să le fi cunoscut în mod concret înaintea semnării clauzei de referință.

În alți termeni, băncilor (profesioniștilor comerțului / serviciilor în general) nu li se cere doar să permită, să nu blocheze accesul consumatorilor la conținutul condițiilor generale (obligație negativă, de a nu face), ci le incumbă o *obligație pozitivă, de a face*, a cărei obiect se referă la a se asigura în mod efectiv că partenerul contractual profan a accesat cuprinsul condițiilor generale înainte de acceptare.

Din această perspectivă, se ridică întrebarea dacă băncilor le incumbă obligația de a informa efectiv fiecare client asupra condițiilor generale de bancă (a) sau doar obligația de a *asigura accesul* clienților la conținutul condițiilor generale (b), ultima fiind reținută cel mai frecvent în practica instanțelor franceze, de pildă¹⁵. Deși legiuitorul român nu a elaborat referiri exprese la soluția de urmat în aceste cazuri, se poate opina că, din perspectiva dezechilibrului informațional dintre profesionistul bancar și consumatorul profan, judecătorul ar trebui să opereze cu prezumția relativă a ignoranței consumatorului, revenind băncii misiunea de a face dovada aducerii efective la cunoștința clientului a condițiilor generale înainte de acceptarea acestora de către partenerul contractual¹⁶.

4. Excesul de informație, ca specie a dolului. Cu prilejul informării precontractuale a consumatorului și folosindu-se dolosiv de pretextul informării detaliate și complete a clienților săi, băncile pot fi tentate să recurgă la o practică comercială incorectă / ilicită, denumită „exces de informație”. Aceasta constă în furnizarea către consumator, în faza precontractuală, a unei cantități de informație inadecvate prin volum, în scopul mascării anumitor limite ale utilizării produsului / serviciului ori al alterării consimțământului consumatorului. În alți termeni, vigilența și puterea de înțelegere a consumatorului profan pot fi distrase prin oferirea de către creditorul bancar a unui set abundent de date și informații, pe care consumatorul să fie tentat să nu le citească ori, datorită volumului mare de informație, să ignore aspectele esențiale atașate costului total al creditului.

Potrivit art. 12 din OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, orice informații suplimentare pe care creditorul ar putea să i le furnizeze consumatorului trebuie oferite într-un document separat, care poate fi anexat la formularul „Informații

standard la nivel european privind creditul pentru consumatori”¹⁷. Se evită astfel tentativele creditorului de a aglomera spațiul destinat informațiilor esențiale din documentele de creditare cu detalii care pot distra atenția consumatorului de la aspectele esențiale relative la costul și condițiile creditării (în special dobânda variabilă vs. dobânda fixă, penalitățile suportate în caz de întârziere de plată, comisioanele lunare / anuale ș.a.). Informațiile esențiale enumerate de legiuitor, precum ce areferitoare la dobânda anuală efectivă DAE nu pot figura în condițiile generale de contractare, ci trebuie menționate expres în textul contractului principal. Omisiunea dobânzii anuale efective DAE într-un contract de credit de consum, conform cerințelor Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori, poate constitui un element decisiv în cadrul analizei de către o instanță națională a aspectului dacă o clauză dintr-un contract de credit pentru consum, referitoare la costul acestuia, este sau nu redactată în mod clar și inteligibil. De remarcat că instanța națională are posibilitatea de a aprecia, chiar și din oficiu, dacă omiterea menționării DAE în clauza privind costul total al creditului pentru consumator poate conferi acestei clauze un caracter abuziv, în sensul art. 3-4 din Directiva 93/13 privind clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii¹⁸.

Includerea în textul contractual sau în ofertă a altor informații decât cele enumerate de legiuitor poate fi considerată o formă de dol (manopere dolosive), dând naștere posibilității consumatorului de a cere anularea contractului de credit, cu sau fără obligarea creditorului bancar la plata de daune-interese, însă instanța rămâne liberă să aprecieze, de la caz la caz, dacă informația / informațiile suplimentare incluse au fost de natură să provoace eroarea consumatorului asupra unor aspecte determinante la încheierea contractului.

Dolul poate fi comis de către creditorul bancar și prin inducerea în eroare a consumatorului, prin utilizarea voită a unor expresii tehnice, juridice sau specifice domeniului financiar-bancar, prin utilizarea de prescurtări sau inițiale ale unor denumiri (cu excepția celor prevăzute de lege sau de limbajul obișnuit), după cum rezultă din cuprinsul art. 11 (2¹) din OUG nr. 50/2010. Termenii tehnici vor fi explicați la solicitarea consumatorului, în scris, fără costuri suplimentare. Excesiva tehnicitate a termenilor contractuali folosiți, cât timp înțelesul clar al acestora nu rezultă din contract pentru consumator, poate fi sancționată ca practică dolosivă¹⁹.

Art. 18 din OUG nr. 50/2010 se referă în plus la obligația reprezentanților bancari de a oferi consumatorilor „explicații suplimentare” care să le permită calibrarea creditului în funcție de situația lor financiară / nevoile lor concrete. Această îndatorire legală reprezintă o aplicație a obligației de consiliere, care se deosebește în principal de obligația de informare prin *funcția sa specifică* (orientarea alegerii clientului) și prin *obiectul său concret* (furnizarea de explicații, judecăți de valoare, aprecieri detaliate, iar nu de simple date tehnice precum în cazul obligației de informare). Executarea de către reprezentanții bancari a obligației de informare nu echivalează cu îndeplinirea obligației suplimentare de consiliere, întrucât este vorba de obligații legale cu conținuturi diferite și cu scopuri complementare. Dincolo de datele obiective despre parametrii tehnici ai creditului, consumatorul are dreptul de a fi consiliat asupra oportunității diferitelor oferte de creditare ale băncii, astfel încât să aleagă varianta optimă. De asemenea, consumatorul are dreptul de a beneficia de explicații verbale și scrise cu privire la termenii tehnici neclari profanului.

Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori este însoțită de trei formulare standardizate la nivel european pentru informarea consumatorilor în contractele de credit, inclusiv sub forma descoperitului de cont. Pentru creditori, utilizarea acestor formulate standard este obligatorie, întrucât dacă ar alege să inițieze utilizarea unor formulare proprii, riscă să omită la nivel de conținut anumite mențiuni legale obligatorii ori să le înfățișeze distorsionat, caz în care fapta poate reprezenta contravenție și să i se aplice de către reprezentanții ANPC amenda contravențională și măsurile complementare (cum ar fi măsura refacerii formularelor utilizate). Conținutul informațional legal menționat în art. 11 din OUG nr. 50/2010 este obligatoriu pentru toți creditorii profesioniști.

Formularul european standardizat de informare a debitorilor consumatori conține cele mai importante elemente ale creditării²⁰, în scopul prevenirii situațiilor în care în faza precontractuală atenția consumatorului ar fi distrasă de elemente accesorii, mai puțin relevante, în detrimentul drepturilor și obligațiilor principale și al costului total al creditării. Însă, deși contracarează riscul unei informări exacerbate, nefocalizate a consumatorilor în stadiul precontractual, formularul european standardizat de informare nu conține, din nefericire, și mențiuni explicite asupra riscului de supra-îndatorare (insolvabilitate a debitorului), nici despre o utilizare optimă a creditării. De asemenea, trebuie subliniat că în cazul creditelor oferite – la solicitarea consumatorului – prin mijloace de comunicare la distanță (cum ar fi prin text SMS, prin completarea *online* a unui formular ș.a.), Formularul european standardizat de informare va fi predat *imediat după* încheierea contractului de credit în aceste condiții. O asemenea interpretare laxă a obligației de informare precontractuală poate atrage în practică și consecințe nefaste, ținând de invocarea ulterioară de către consumator a unui consimțământ viciat.

Informațiile standard de care are nevoie consumatorul pentru a-și da consimțământul în cunoștință de cauză trebuie livrate în faza precontractuală, mai înainte semnării contractului de credit, indiferent că este vorba despre un credit contractat direct cu banca / societatea de finanțare ori printr-un intermediar de credite. Ca urmare, anumite rigori legale privitoare la informarea prealabilă a consumatorului sunt aplicabile și în cazul intermediarilor de credite. Cu toate acestea, distribuitorii direcți de bunuri și servicii (cei implicați în activitatea de *retail*, de pildă) intervin în procedura de creditare nu în calitate de creditori, ci în calitate lor principală de vânzători / prestatori de servicii²¹, facilitând în subsidiar, în spațiile lor comerciale, accesarea de credite de către consumatori pentru bunurile de larg consum / serviciile prestate. În aceste cazuri, este suficient ca aceștia să se asigure că în faza precontractuală consumatorului îi parvine formularul standard de informare ori un formular similar, a cărui redactare este în sarcina creditorilor bancari / societăților de finanțare (inclusiv în privința condițiilor generale de bancă).

5. Disjungerea condițiilor esențiale de creditare (a) de condițiile generale de bancă (b)

Atât în legislația europeană aplicabilă creditelor contractate de consumatori, cât și în legislația națională de transpunere în dreptul intern, se face distincție între condițiile esențiale de creditare – care fac obiectul unui formalism informativ, neputând lipsi din textul scris al contractului principal – și condițiile generale de bancă, ideea centrală fiind aceea că băncile nu se pot debarasa de exigența formalismului informativ prin incorporarea (presumată a fi dolosivă) a condițiilor esențiale²² în cuprinsul condițiilor generale.

Conform alin. 2 al art. 46 din OUG nr. 50/2010, toate informațiile prevăzute la alin. (1), inclusiv cele aferente unor servicii în privința cărora consumatorul nu dispune de libertate de alegere, sunt prevăzute în contract, **fără a se face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului**, la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris.

Cerința formalismului de informare aplicabil contractului de credit presupune inserarea în textul contractual, în scris, a *mențiunilor obligatorii* specificate de către legiuitor, în mod expres și fără a face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului, la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris.

Prin *formalism informativ* se înțelege o cerință de formă / tehnică perfecționată de protecție a consimțământului consumatorului la încheierea contractelor cu profesioniștii comerțului / serviciilor, de sorginte legală, constând în obligativitatea inserării de către profesionist, în scris, în textul contractual propus consumatorului, a mențiunilor obligatorii fixate prin lege, în scopul informării consumatorului asupra drepturilor și obligațiilor sale generate de anumite contracte de consum considerate a fi de o pericolozitate deosebită și, în final, în scopul protejării consimțământului consumatorului, care trebuie să fie unul avizat și dat în cunoștință de cauză. Stabilirea cazurilor de formalism informativ și a condițiilor în care informația obligatorie trebuie furnizată consumatorilor rămâne apanajul legiuitorului, care intervine prin intermediul legilor speciale aparținând dreptului consumului.

Toate informațiile prevăzute la alin. (1) al art. 46 din OUG nr. 50/2010, trebuie prevăzute în contract, fără a se face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului, la lista de tarife și comisioane sau la orice alt înscris. Formalismul informativ nu permite creditorului profesionist să eludeze cerința informării scrise directe în textul contractual a consumatorului asupra drepturilor și obligațiilor esențiale generate de contractul de credit, aceste informații enumerate în textul legal neputând face obiectul unor trimiteri către surse externe contractului, cum ar fi condițiile generale de afaceri ale creditorului.

În caz contrar, atunci când contractul de credit pentru consum se rezumă la a face trimitere la condițiile generale de afaceri ale creditorului fără a le reproduce expres, aplicabilitatea lor într-un contract de credit încheiat cu un consumator concret depinde de cunoașterea lor de către clientul debitor. Or, formalismul informativ vizat de art. 46 din OUG nr. 50/2010 face obligatorie pentru creditor includerea expresă în textul contractual a mențiunilor obligatorii enumerate de lege, independent de faptul că acestea se regăsesc sau nu în condițiile generale de afaceri ale creditorului în cauză.

Mai mult, nu este permisă creditorului eludarea cerințelor de formă relative la informațiile esențiale enumerate de lege prin trimiteri la condițiile generale de afaceri²³, ceea ce înseamnă că în privința oricăreia dintre informațiile prezente pe lista din art. 46, instanța de judecată sesizată despre omiterea menționii obligatorii nu va investiga dacă consumatorul a luat efectiv la cunoștință pe alte căi / din cuprinsul altor documente despre respectiva informație, ci va aplica automat sancțiunile prevăzute de lege pentru simpla omitere din textul contractual principal a respectivei mențiuni esențiale.

6. Condiții generale referitoare la riscul bancar variabil. Contractele bancare de credit sunt exemple tipice de convenții cu executare succesivă presupunând un risc contractual variabil. Acesta vizează îndeosebi riscul de neplată (nerambursare la termen a sumei împrumutate, risc de insolabilitate a debitorului), care se diminuează progresiv ca amplitudine, pe măsura achitării ratelor lunare de către debitor²⁴.

Riscul variabil este definit ca reprezentând riscul contractual ale cărui șanse de producere fluctuează pe parcursul executării contractului ori riscul al cărui obiect suferă variații de amplitudine în intervalul de executare a obligațiilor contractuale²⁵. Asociat creditelor, riscul contractual fluctuează și ca urmare a altor factori, precum riscul de urmărire silită a garanției, riscul de depreciere a garanției, de neîncasare a valorii asigurării (de pildă, la intrarea în insolvență a societății de asigurări).

Acoperirea riscului variabil printr-un comision bancar autonom perceput debitorilor reprezintă una dintre cele mai spinoase probleme cu care se confruntă practicienii dreptului după adoptarea O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori. Dacă *dublează o ipotecă în favoarea băncii*, riscul acoperit prin comisionul lunar de risc se suprapune perfect peste riscul de neplată acoperit prin convenția de ipotecă, ceea ce lipsește de cauză plata comisionului.

Atunci când nu se suprapune unei convenții de ipotecă, comisionul lunar pentru risc de neplată ridică interogații asupra obligației băncii de a restitui comisionul de risc perceput lunar, dacă la finele perioadei de creditare consumatorul a restituit integral capitalul împrumutat. Prin O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori – care transpune în dreptul intern Directiva 2008/48/CE a Parlamentului European – au fost impuse limite importante posibilității băncilor de a percepe anumite costuri cu titlul de comisioane de creditare. Comisionul de risc nu este însă reglementat expres de textul O.U.G. nr. 50/2010, care nici nu interzice explicit acest tip de comision, nici nu trasează pentru creditori repere coerente.

Tăcerea legiuitorului a permis băncilor autohtone să continue să perceapă comisioane pentru riscul de nerambursare a creditelor, ceea ce a făcut ca nu puține să fie litigiile declanșate de consumatori pe acest subiect. Practica judecătorească, în mod frecvent, în ultimii doi ani, a reținut caracterul abuziv al comisioanelor bancare de risc²⁶, îndeosebi în cazurile în care același risc de neplată la termen a ratelor de credit a fost acoperit prin contractarea unei ipoteci în favoarea creditorului bancar. Între 2012-2014, instanțele de judecată au dedus caracterul ilicit al comisionului de risc bancar din cel puțin trei caracteristici:

(i) băncile au continuat să aplice lunar procentul stabilit (de exemplu, 0,49 % din valoarea împrumutată) la soldul debitor inițial, ceea ce este eronat, întrucât riscul de neplată se diminuează progresiv, pe măsura achitării ratelor de credit de către consumator; (ii) dacă riscul de neplată nu se produce, iar debitorul rambursează integral creditul, comisionul de risc ar trebui restituit consumatorului, întrucât aceste sume nu funcționează ca o asigurare de neplată (contract aleatoriu de asigurări); (iii) dacă acest comision se suprapune cu un contract de ipotecă în favoarea băncii, perceperea comisionului nu se mai justifică, întrucât același risc de neplată (de insolvabilitate a debitorului) este acoperit prin contractarea ipotecii.

În general, instanțele de judecată au dedus caracterul ilicit al clauzelor generale referitoare la comisionul de risc bancar din *argumente fondate pe cauzalitatea de tip sinalagmatic*:

(1) Numeroase bănci autohtone au perceput acest comision pentru a contrabalansa riscul nerambursării la termen a creditului, însă au continuat să aplice lunar procentul stabilit contractual (de exemplu, 0,5 % din valoarea împrumutată) la *soldul debitor inițial*, ceea ce este eronat. Riscul variabil de neplată se diminuează progresiv, pe măsura achitării ratelor de credit lunare de către consumator. Aceasta înseamnă că banca ar trebui să aplice procentul corespunzător comisionului de risc la soldul debitor actualizat în fiecare lună, iar nu la soldul inițial (suma împrumutată sau valoarea totală a creditului);

(2) Suprapus peste un contract de ipotecă încheiat în favoarea băncii, comisionul de risc de neplată nu se mai justifică, devenind lipsit de cauză. Unul și același risc – al nerambursării la termen a împrumutului de către consumator – este acoperit prin ipoteca deja constituită în favoarea creditorului bancar, încât perceperea unor sume suplimentare de către bancă cu acest titlu devine o specie de abuz contractual la adresa părții vulnerabile (debitorul). În schimb, riscul de neplată poate fi acoperit simultan printr-o ipotecă și printr-un contract de asigurare (de deces, șomaj etc.), dat fiind caracterul aleatoriu al contractului de asigurare și dată fiind natura diferită a acestuia care, spre deosebire de ipotecă, nu reprezintă o garanție asociată creanței, ci o convenție aleatorie care produce efectele stipulate în momentul survenirii riscului asigurat.

Paradoxal, comisionul de risc nu are natura juridică a unui „comision”, în accepțiunea de *sume percepute pentru prestarea unui serviciu autonom de către bancă*, ci natura unei garanții în bani percepute în tranșe lunare, pentru acoperirea riscului de neplată a ratelor de credit. În cazul acestor comisioane bancare lipsește cauza contractuală a percepției în accepțiunea de raport contractual sinalagmatic, întrucât banca nu prestează un serviciu suplimentar care să justifice perceperea comisionului. Prin urmare, dacă riscul acoperit nu se produce, iar consumatorul restituie integral suma împrumutată, creditorul bancar are obligația de a restitui sumele percepute ca garanție a recuperării împrumutului / a valorificării garanției imobiliare.

7. Concluzii. Condițiile generale de bancă nu au valoare contractuală decât sub dubla condiție ca celălalt contractant, consumatorul de servicii bancare să știe că acestea fac parte din contract (i) și să poată avea posibilitatea concretă de a lua la cunoștință de conținutul lor

(ii). În acest sens, se poate remarca faptul că simpla referire în textul contractual la condițiile generale de bancă nu este suficientă *per se* pentru a considera aceste clauze incluse în contractul bancar semnat de consumator, atât timp cât banca nu dovedește faptul că destinatarul ofertei a cunoscut acele condiții generale și le-a acceptat. Atât clauzele de referință echivoce, cât și condițiile generale de bancă obscure sau susceptibile de mai multe accepțiuni vor fi interpretate în favoarea clientului băncii, în aplicarea normei generale din art. 77 C.cons. Chiar și în cazurile în care formularul contractual tipizat conține declarația consumatorului, urmată de semnătura acestuia cum că a luat la cunoștință despre condițiile generale de bancă, acestea îi vor fi opozabile numai dacă banca dovedește că documentul remis efectiv consumatorului era suficient de accesibil / comprehensibil încât consumatorul să fi putut să cunoască și să înțeleagă conținutul condițiilor generale. Raporturile contractuale dintre consumatori și bănci sunt tratate de legiuitorul european și de către cel național prin prisma dezechilibrului de forțe dintre un profesionist și un neprofesionist, pornind de la premisa că partea vulnerabilă, profanul, va trebui să beneficieze de formulări clare și ușor inteligibile ale clauzelor, inclusiv în cazul condițiilor generale de bancă. Pentru a rupe cercul viciis al clauzelor de referință urmate de demersuri proprii ale clientului pentru identificarea clauzelor generale, instanțele de judecată au tins să plaseze pe umerii profesioniștilor bancari sarcina probei luării la cunoștință a consumatorilor despre conținutul condițiilor generale. Produs al voinței unilaterale a băncii, orice clauză obscură va fi interpretată în defavoarea autorului său, indiferent că banca figurează ca debitor sau creditor al unei obligații punctuale; o interpretare în favoarea băncii a condițiilor generale de contractare nu este posibilă, întrucât ar echivala cu a permite băncii să profite de caracterul lapidar, evaziv, obscur al clauzelor redactate de aceasta pentru a-și asigura o poziție invariabil avantajoasă în raport cu consumatorii de servicii bancare.

* Lector dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” din Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.

Articol elaborat în cadrul activităților de formare profesională finanțate prin programul „Personalul didactic din sistemul de învățământ preuniversitar și universitar de stat – promotor al învățării pe tot parcursul vieții”.

¹ Pentru detalii asupra drepturilor consumatorilor în contractele bancare de credit, a se consulta J. Calais-Auloy, Fr. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5e édition, Dalloz, Paris, 2000, p. 185-208 ; Y. Picod, H. Davo, *Droit de la consommation*, Ed. Armand Colin, Paris, 2005, p. 139-156; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2008, p. 342-368; T. Vignal, *Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé*, în Mélanges M. Cabrillac, Ed. Litec, Paris, 1999, p. 545 și urm.; F. Capriglione, *Operazioni bancarie e tipologia contrattuale*, în “Rivista di diritto civile” nr. 1/2006, Dottrina, p. 26-54; M. Aden, *Comentariu (Acțiunea în despăgubiri a clienților pentru consiliere eronată din partea agenților băncii)*, Conferința internațională „Probleme actuale în domeniul juridic bancar”, în volumul *Probleme actuale în dreptul bancar / Current Issues in Banking Law*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, C.D. Enache, *Clauzele abuzive în contractele încheiate între profesioniști și consumatori. Practică judiciară*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 76-168, I. Turcu, *Contractele bancare în Noul Cod civil*, C.H. Beck, București, 2013, p. 15-45, p. 232-256.

- ² Proba negocierii directe a clauzelor incumbă profesioniștilor. Art. 4 alin. (2) al Legii nr. 193/2000, modificată prin Legea nr. 65/2002 și, ulterior, prin Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii prevede că: „o clauză contractuală va fi considerată ca nefiind negociată direct cu consumatorul dacă aceasta a fost stabilită fără a da posibilitatea consumatorului să influențeze natura ei, cum ar fi contractele standard preformulate sau condițiile generale de vânzare practicate de comercianți”.
- ³ A se vedea F. Labarthe, *La notion de document contractuel*, L.G.D.J., Paris, 1994, p. 89 și urm.
- ⁴ “Dacă aceste condiții generale sunt reproduse pe imprimatul semnat de părți (aceasta fiind practica cvasi-unanimă), ele se impun în virtutea principiului consensualismului. În caz contrar, aplicabilitatea lor într-un raport juridic concret depinde de cunoașterea lor de către client”, după cum se subliniază în I. Turcu, *op. cit.*, p. 51.
- ⁵ Conform art. 1, alin. (1) din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori, modificată, orice contract încheiat între profesioniști și consumatori pentru vânzarea de bunuri sau prestarea de servicii va cuprinde clauze contractuale clare, fără echivoc, pentru înțelegerea cărora nu sunt necesare cunoștințe de specialitate. În caz de dubiu asupra interpretării unor clauze contractuale, acestea vor fi *interpretate în favoarea consumatorului*.
- ⁶ De exemplu, clauza de referință poate fi redactată formal în termenii „Clientul declară că a luat la cunoștință despre condițiile generale de bancă și este de acord ca acestea să facă parte integrantă din prezentul contract”.
- ⁷ A se consulta C. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, Paris, 2005, p. 159, unde autorii subliniază că documentele privind condițiile generale neaduse la cunoștința consumatorului nu vor putea fi considerate ca acceptate de acesta și, prin urmare, nu vor intra în cuprinsul contractului.
- ⁸ În general, pot fi disjuncte două tipuri de clauze abuzive: *clauze cu potențial abuziv*, care pot fi numite și „clauze relative”, al căror caracter abuziv se va verifica sau nu în funcție de contrabalansarea drepturilor profesionistului cu drepturi similare acordate consumatorului și pe care le putem considera incluse pe o „listă gri” cu potențial nociv (a), respectiv *clauze absolut abuzive* sau al căror caracter este invariabil abuziv, întrucât nu poate fi „edulcorat” prin niciun fel de prerogative atribuite consumatorului, clauze incluse pe o „listă neagră”, simpla prezență a clauzei în textul unui contract încheiat cu consumatorii fiind suficientă pentru aplicarea automată a sancțiunii legale (b).
- ⁹ În acest sens a se vedea Cass. civ., ch. IIème civ., dec. din 5 febr. 1986, citată după C. Gavalda, J. Stoufflet, *loc. cit. supra*.
- ¹⁰ În jurisprudența autohtonă, instanțele de judecată au admis proba testimonială pentru a stabili dacă reclamantul consumator a beneficiat de consiliere din partea profesionistului bancar; în motivația hotărârii (emisă în materia clauzelor abuzive, în contextul absenței negocierii), instanța a reținut că „pe rol fiind judecarea cauzei civile privind pe reclamantii MMC și MI, domiciliati în Vaslui, contradictoriu cu pârâta S.C. BANCA V. S.A., având ca obiect acțiune în constatare nulitate clauză abuzivă (...), pârâta pretinde că reclamantii au avut cunoștință de clauzele contractuale la care au achiesat de bună-voie. Martora propusă însă de pârâta în acest sens și care este chiar directorul sucursalei Vaslui, nu a fost în măsură să confirme o negociere a clauzelor contractuale și mai ales a comisionului de risc. Deși martora a susținut că de regulă clienții băncii primesc o simulare de contract și un scadențar al plăților anterior semnării, reclamații au infirmat faptul că ar fi primit astfel de înscrisuri susținând că au luat cunoștință de forma contractului chiar în ziua în care s-au prezentat la bancă pentru a-l semna. Astfel, instanța reține că pârâta nu a făcut nicio dovadă a negocierii comisionului de risc cu reclamantii la data încheierii contractului, în condițiile în care această clauză era una standard preformată. Sarcina acestei probe

revena pârâtei conform art. 4 alin. 3 din Legea nr. 193/2000. În lipsa dovezii negocierii clauzei, instanța consideră ca îndeplinită condiția lipsei de negociere prevăzută de art. 4 alin. 2 din Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive” (citată după <http://legeaz.net/spete-civil/clauze-abuzive-in-contractele-bancare-116-2012>, adresă web consultată la 06.01.2016).

¹¹ După cum rezultă din textul art. 13 (1) din OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori, remiterea către consumator a proiectului de contract de credit, în plus față de formularul standard informativ, are loc în cazul creditelor de nevoi personale (a) și al creditelor de consum (b) numai din inițiativa (la cererea) consumatorului. Dimpotrivă, în cazul creditelor de investiții imobiliare (c) și al creditelor ipotecare (inclusiv credite de nevoi personale / de consum garantate cu ipotecă) (d), înmânarea către consumator a proiectului de contract de credit este obligatorie pentru creditor. Diferența se justifică prin implicațiile financiare / juridice semnificativ mai mari pe care le are în patrimoniul consumatorului încheierea unui contract de credit imobiliar / ipotecar (încheiat în general pe durate mari de timp, pentru sume semnificativ mai mari decât în cazul creditelor de consum / de nevoi personale nenominalizate, cu consecința vânzării silite a imobilului adus ca garanție, la cererea creditorului ipotecar ș.a.). De la aceste reguli privitoare la proiectul de contract de credit, sunt exceptate numai situațiile în care consumatorul nu poate îndeplini condițiile necesare pentru accesarea creditului (i) sau cazurile în care, la momentul cererii, creditorul nu poate să încheie contractul de credit cu consumatorul conform normelor sale interne (inclusiv cazurile în care, de pildă, la respectivul moment, banca a epuizat plafonul alocat pentru creditele acordate prin programul „Prima casă” ș.a.) (ii). Încălcarea acestor dispoziții legale de către creditorul profesionist reprezintă contravenție și se sancționează cu amenda contravențională, conform art. 86 din OUG nr. 50/2010.

¹² De exemplu, este abuzivă pentru neclaritate clauza din contractul de credit de nevoi personale potrivit căreia banca își asumă obligația de a suporta costurile contractului de asigurare de deces pentru împrumutat / fidejuser în primii 2 ani, fără a menționa dacă banca are un drept de opțiune între a încheia o asigurare pentru decesul debitorului principal sau pentru decesul garantului.

¹³ De pildă, în contractul de credit pentru nevoi personale (nenominalizate) încheiat între banca „C.” și consumatorul D.E. figurează clauza potrivit căreia „clientul băncii datorează despăgubiri în situațiile în care se adresează organelor statale abilitate, formulând plângeri care afectează reputația băncii”: este vorba despre o clauză abuzivă, în pofida argumentului că interesul băncii de a-și proteja reputația este legitim; orice plângere adresată de consumatori organelor statale în executarea contractelor de credit este de natură să afecteze reputația unei bănci, însă o bună reputație comercială se construiește prin relații contractuale loiale, iar nu prin antrenarea de penalități contra consumatorilor nemulțumiți. În plus, o asemenea clauză este de natură să restrângă dreptul constituțional de a se adresa justiției. Limitarea dreptului consumatorului de a se adresa justiției sub sancțiunea plății de daune-interese este de natură să rupă echilibrul dintre drepturile părților, dacă banca ar avea dreptul de a-l acționa în judecată pe consumator, însă consumatorul nu ar avea dreptul de a chema banca în judecată, pentru a evita condamnarea sa la despăgubiri pentru afectarea reputației băncii pârâte. Evident că un asemenea raport contractual este dezechilibrat în mod semnificativ.

¹⁴ A se vedea C. Gavalda, J. Stoufflet, *loc. cit. supra* și practica judecătorească citată de autori la p. 159-160. A se consulta și G. Poissonier, *Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation*, în Le Dalloz 2006, *Chroniques*, p. 370; G. Poissonier, *Panorama des clauses abusives en droit français du crédit à la consommation*, în *Revue européenne de droit de la consommation* 2006, p. 171.

- ¹⁵ A se consulta T. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 121; X. Lagarde, *Crédit à la consommation: licéité de la clause de variation du taux de l'intérêt?*, în Le Dalloz 2004, p. 2702-2703; X. Lagarde, *Crédit à la consommation: la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle*, în Le Dalloz 2005, *Chroniques*, p. 2223.
- ¹⁶ „Verificarea acestui aspect reprezintă atributul suveran al instanței”, după cum se subliniază în I. Turcu, *op. cit.*, p. 52.
- ¹⁷ „Ordinea publică de protecție” – cum este denumită intervenția legislativă orientată către protejarea consumatorilor – s-a materializat în această materie prin adoptarea Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008 privind contractele de credit pentru consumatori – o directivă minimală, care a uniformizat dispozitivele legale aplicabile creditelor contractate de consumatori în statele-membre ale U.E. În dreptul intern, Directiva 2008/48/CE a fost transpusă printr-o ordonanță de urgență a Guvernului (O.U.G. nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori), ulterior modificată prin Legea nr. 288/2010.
- ¹⁸ C.J.U.E., Ordonanța din 16 nov. 2010, în cauza C-76/10 Pohotovst' s.r.o. vs. Iveta KorčKovská, <http://eur-lex.europa.eu/ro>, adresă consultată în 06.01.2015.
- ¹⁹ Atât în cuprinsul Directivei 2008/48/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 aprilie 2008, cât și în art. 11 (2), lit. b) din OUG nr. 50/2010, sunt trasate și anumite rigori legale de formă în ceea ce privește executarea de către creditorii a obligației precontractuale de informare. Informațiile standard trebuie oferite consumatorului pe hârtie sau pe alt suport durabil și vor fi redactate *în scris, vizibil și ușor de citit*, fontul utilizat fiind Times New Roman, mărimea caracterelor de minimum 12 p. În cazul în care informațiile sunt redactate pe hârtie, culoarea de fond a hârtiei pe care este redactat formularul trebuie să fie în contrast cu cea a fontului utilizat.
- ²⁰ Pierderea *caracterului de contract real* de către creditul bancar trebuie semnalată. Dreptul civil al contractelor a preluat tradiția romană în materia formării contractelor de împrumut, atât în privința comodatului (împrumutul de folosință gratuită a unui bun neconsumptibil, mobil sau imobil), cât și în privința *mutuum*-ului (împrumutul gratuit sau oneros al unui bun consumptibil, asupra căruia, în vederea consumului, se transferă debitorului proprietatea bunului împrumutat, cu obligația restituirii unuia de același gen și în aceeași cantitate). Începând cu dreptul roman clasic, aceste contracte (alături de contracte precum depozitul și gajul) se încheie valabil nu în momentul acordului de voințe, ci în cel al *remiterii bunului (res)*; în consecință, *promisiunea de constituire a împrumutului* (a gajului ș.a.), chiar și semnată de către promitent ori făcută în fața martorilor, dacă nu este urmată de remiterea voluntară a bunului (în cazul împrumutului, a sumei de bani) de către promitent, *este lipsită de eficacitate juridică* și nu poate face obiectul unei urmăriri silite în instanță de către beneficiarul promisiunii (V. Hanga, M. D. Bob, *Drept privat roman*, ed. a 5-a, Universul juridic, București, 2013, p. 244 și urm.). Între particulari, caracterul real al contractului de împrumut se menține și în Noul Cod civil; art. 2145 NCC autorizează instanța de judecată să emită o hotărâre care să țină loc de contract în cazurile în care există o promisiune de împrumut neonorată de către promitent, iar bunul se află deja în mâinile beneficiarului promisiunii, cu alt titlu (de pildă, în baza unei locațiuni anterioare, în baza unui depozit încheiat anterior ș.a.); textul legal citat valorifică în continuare caracterul real al convențiilor civile de împrumut; conform art. 2145 NCC, „atunci când bunul se află în deținerea beneficiarului, iar promitentul refuză să încheie contractul, instanța, la cererea celeilalte părți, poate să pronunțe o hotărâre care să țină loc de contract, dacă cerințele legii pentru validitatea acestuia sunt îndeplinite.” În dreptul consumului, perspectiva asupra momentului formării contractului de credit s-a inversat în raport cu cea caracteristică dreptului civil, astfel încât se consideră că formarea deplină a contractului de credit are

loc în momentul *semnării contractului* de către părți, din acest moment născându-se obligația băncii de a remite suma de bani în contul debitorului, respectiv obligația debitorului de a plăti ratele lunare și comisioanele convenite. În alți termeni, în cazul profesioniștilor bancari, obligația de a vira suma de bani în contul clientului se naște imediat din contractul de credit semnat și poate fi, la nevoie, executată silit cu concursul instanței de judecată, posterior semnării contractului de credit; jurisprudența franceză este constantă în acest sens (Cass. 1re civ., dec. din 27 mai 1998; Cass. 1re civ., dec. din 28 martie 2000, Cass. 1re civ., dec. din 27 nov. 2001, CA Nancy, dec. din 13 febr. 2003, Cass. com., dec. din 21 ian. 2004, citate după Ph. le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, sixième édition, Dalloz, Paris, 2006é, p. 1169). Contractul de credit încheiat cu consumatorii este un contract formal, pentru formarea valabilă a căruia este necesară convenirea sa în scris sau pe un alt suport durabil, conform art. 33 din OUG nr. 50/2010, cu respectarea formalismului informativ relativ la includerea în contract a mențiunilor legale obligatorii privind drepturile și obligațiile părților. Posterior realizării acordului de voințe, banca / societatea finanțatoare are obligația contractuală de a remite suma de bani împrumutatului (care reprezintă primul act de executare a contractului de credit), iar debitorul are obligația de a plăti la termenele stipulate ratele de credit și comisioanele / primele de asigurare stabilite în textul contractual.

²¹ De remarcat că, în cazul creditelor legate, *nu se poate vorbi de o relație de accesorialitate* între contractul de credit și contractul de vânzare / antrepriză de care acesta este legat, întrucât nu se poate stabili în mod echilibrat că vânzarea / antrepriza ar reprezenta contractul principal; principalul ar trebui să supraviețuiască juridic și în absența accesoriului – contractul de credit, ceea ce în aceste situații nu se întâmplă. Vânzarea produsului / prestarea serviciului nu este convenită între părți decât condiționată de contractarea creditului legat (din motive ce țin de solvabilitatea debitorului, care nu poate achita prețul decât în contextul acordării creditului). De aceea, nu se poate afirma juridic că vânzarea / antrepriza reprezintă în aceste cazuri un contract principal, al cărui accesoriu să fie contractul de credit și care să poată fi valabil încheiat și în absența accesoriului. Tot astfel, nici contractul de credit legat (destinat finanțării achiziției unui produs / plății unui serviciu) nu reprezintă contractul principal în raport cu vânzarea / antrepriza încheiată cu aceeași ocazie, deoarece ar fi ilogic juridic să se considere că principala cauză a obligației debitorului este cea de a contracta un credit, iar nu aceea de a achiziționa produsul / serviciul respectiv. De aceea, menționarea în informațiile standard precontractuale a bunului /serviciului pentru care se încheie contractul de credit legat și a prețului de achiziție reprezintă o informație esențială, care permite inclusiv fixarea *raportului de interdependență* dintre cele două contracte.

²² Conform art. 46. (1) din OUG nr. 50/2010, reprezintă o obligație imperativă pentru bănci ca textul contractului de credit adresat consumatorului să specifice expres, în mod clar și concis, clauzele principale, precum cele privitoare la: (a) tipul de credit; (b) identitatea și adresa sediului social și a punctului de lucru/adresa de domiciliu a părților contractante; (c) durata contractului de credit; (d) valoarea totală a creditului și condițiile care reglementează tragerea creditului; (e) în cazul contractelor de credit legate, bunul sau serviciul respectiv și prețul de achiziție al acestuia; (f) rata dobânzii aferente creditului și tipul acesteia, fixă sau variabilă; (g) condițiile care guvernează aplicarea ratei dobânzii aferente creditului, formula de calcul a acesteia, precum și termenele, condițiile și procedura pentru modificarea ratei dobânzii aferente creditului și, în cazul în care se aplică rate diferite ale dobânzii aferente creditului în circumstanțe diferite, informațiile prevăzute anterior privind toate ratele dobânzii aplicabile; (h) dobânda anuală efectivă și valoarea totală plătită de către consumator, calculate la momentul încheierii contractului de credit; se menționează toate ipotezele folosite pentru calcularea

acestei rate; (i) suma, numărul și frecvența plăților care urmează să fie efectuate de către consumator și, după caz, ordinea în care se vor efectua plățile, în scopul rambursării, pentru diferitele solduri restante cu rate diferite ale dobânzii aferente creditului (...); (l) costurile de administrare ale unuia sau mai multor conturi care înregistrează atât operațiunile de plată ș.a.

²³ În acest sens, a se vedea Î.C.C.J., Secția a II-a civilă, decizia nr. 3234 din 23 octombrie 2014: „Ceea ce nu a lămurit instanța de apel este legat de mecanismul după care se formează, după primul an de contract, dobânda, care, în condițiile art. 5 din contract, urma să devină una variabilă, criteriile după care devenea variabilă fiind prevăzute la art. 4 pct. 2. din Condițiile generale, care prevăd că pe parcursul derulării creditului, nivelul dobânzii curente variabile se modifică în funcție de evoluția dobânzii variabile de referință a BCR / dobânzii administrate / indicelui de referință Libor / Euribor / Bubor”. Textul integral al deciziei este disponibil la adresa www.scj.ro/jurisprudenta, accesată la 06.01.2015.

²⁴ De exemplu, pentru un credit de nevoi personale în valoare de 10.000 euro contractat pentru 6 ani, dacă ratele lunare au fost achitate constant, riscul de nerambursare s-a diminuat progresiv, iar în al cincilea an este considerabil mai mic decât în primul an (conex sumei mai mici rămase de restituit din capitalul inițial).

²⁵ Definiția este preluată după *Vocabulaire juridique sous la direction de G. Cornu*, PUF, Paris, 1998, p. 758 și vizează îndeosebi contractele cu executare succesivă.

²⁶ Î.C.C.J., secț. a II-a civ., dec. nr. 760/2014, www.scj.ro/jurisprudenta, adresă consultată la data de 06.01.2015. Judecătoria Î.C.C.J. au constatat că, în speță, comisionul de risc este perceput pentru punerea la dispoziție a creditului și ca o garanție a îndeplinirii unei obligații de restituire a împrumutului, fără a exista precizări în cuprinsul contractului cu privire la fundamentul percepției acestui comision ori destinației acestuia, însă nicio clauză a convenției nu prevede condițiile în care sumele depuse cu acest titlu pot fi reținute și nici ce se întâmplă cu aceste sume în cazul în care riscul nu se produce până la ajungerea contractului la termen ori în cazul rambursării anticipate a creditului. Or, câtă vreme riscul insolvabilității debitorului este acoperit prin constituirea unei garanții reale ce poate fi suplimentată în anumite condiții reglementate prin contract (i), cât și prin încheierea unei polițe de asigurare cesionată în favoarea băncii (ii), este evident că prin introducerea comisionului suplimentar de risc de neplată, se creează un dezechilibru între contraprestațiile părților, contrar bunei credințe contractuale.

ARTICOLE

**COMENTARII ASUPRA HOTĂRÂRII 317/14 A CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE
PRIVIND LIBERTATEA DE CIRCULAȚIE A SALARIAȚILOR**

Carmen LAZĂR*

Résumé: *Le présent article commente un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendu dans la matière de la libre circulation des travailleurs, dans le cadre d'un recours en manquement déclenché par la Commission contre l'Etat belge. Plus précisément, la Cour a statué sur deux points: l'exigence que toute personne voulant travailler dans un service public belge, soit qu'elle a la nationalité de l'Etat belge, soit qu'elle a la nationalité d'un autre Etat membre, connaisse la langue de la region où le service public en question se trouve; les moyens du respect de cette exigence. Puisqu'il s'agit d'une exigence demandée à tous mais étant de nature à produire plus d'effets sur les nationaux d'autres Etats membres que sur les nationaux de l'Etat d'accueil, nous avons affaire à une discrimination indirecte. Une telle discrimination est admissible pour autant qu'elle est nécessaire pour atteindre un objectif d'intérêt general. Dans ce cas, ce n'était pas l'exigence mentionnée qui posait problème – le travail dans un service public rend nécessaire la connaissance de la langue locale -, mais les moyens conçus pour la remplir, à savoir la promotion d'un examen de langue organisé exclusivement par un organe belge d'Etat ayant son siège à Bruxelles. La Cour a statué que cette disposition législative belge est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi et, donc, contraire aux dispositions du traité concernant la liberté de circulation.*

Mots clés: *liberté de circulation, arrêt, recours en manquement, Commission, Cour de Justice, discrimination, service public, langue régionale*

Cuvinte cheie: *libertate de circulație, hotărâre, acțiune contra statelor, Comisie, Curte de Justiție, discriminare, serviciu public, limbă regională*

Recent, Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat în materia liberei circulații într-o acțiune introdusă de Comisia Europeană, în baza art. 258 TFUE, împotriva Regatului Belgiei, reținând că acesta a încălcat dispozițiile tratatului referitoare la libera circulație a lucrătorilor, mai precis art. 45 TFUE¹.

Trebuie precizat în prealabil că, atât în conformitate cu dispozițiile tratatului cât și în conformitate cu actele de drept derivat adoptate pentru aplicarea primelor – care erau, la momentul declanșării procedurii, Directiva 38/2004 și Regulamentul 1612/68 al Consiliului –, cetățenii statelor membre care se deplasează în alt stat membru decât al lor pentru a presta muncă salariată beneficiază de dreptul de a li se aplica regula tratamentului național, adică nu

pot fi tratați altfel decât cetățenii statului gazdă. Fac excepție: prevederile tratatului referitoare la posturile din administrația publică²; situațiile obiectiv diferite în care se află străinul și cetățeanul statului gazdă, deoarece unele cerințe nu li se pot impune cetățenilor dar li se pot impune străinilor, aceasta marcând diferența între cetățenie și lipsa ei³ (de exemplu, un străin poate fi expulzat sau i se poate interzice accesul pe teritoriul dar un(ui) cetățean nu, o atare diferențiere fiind considerată normală), dreptul Uniunii impunând însă condiția ca cerințele impuse străinilor să urmărească un scop de interes general și să fie proporționale⁴. Nu constituie discriminări prevederile legale aplicabile tuturor, fără distincție, și care urmăresc un scop de interes general, chiar dacă ele pot fi un obstacol în calea liberei circulații⁵. Trebuie menționat însă că există prevederi legale care, deși aparent sunt aplicabile tuturor, prin criteriile pe care le aplică (de exemplu domiciliul, locul provenienței diplomei, locul provenienței produsului etc.) fie au efect sau sunt susceptibile să aibă efect mai mult asupra străinilor sau chiar numai în privința lor, deși nu urmăresc aceasta, fie urmăresc să aibă efect mai mult asupra străinilor sau numai în privința lor, chiar dacă efectul nu se produce neapărat. Cele din prima categorie constituie discriminări indirecte și sunt admisibile numai dacă urmăresc un scop de interes general și sunt proporționale cu acesta⁶, cele din a doua categorie constituie discriminări deghizate sau disimulate și nu sunt admisibile nicidecum. Or, în practică se întâlnesc cel mai adesea discriminările indirecte sau deghizate, deoarece statele membre ale Uniunii nu-și permit să facă discriminări directe, fățișe, adică pe criteriul cetățeniei. Bineînțeles, caracterul deghizat al unei discriminări (adică reaua credință a statului) trebuie dovedit, astfel că, de fapt, Curtea reține aproape totdeauna caracterul indirect, cu aceleași consecințe practice pentru persoane (deoarece în cazul unei discriminări deghizate interesul general lipsește inevitabil, ceea ce înlătură dezavantajul creat prin nereținerea caracterului deghizat).

În speța prezentată ne aflăm, așa cum o să vedem, în prezența unei discriminări indirecte, mai precis a cerinței cunoașterii limbii locale impuse tuturor, fie ei cetățeni belgieni sau străini, celor care doresc să ocupe un post într-un serviciu public local, dar cu efecte mai mult asupra cetățenilor străini. Astfel, datorită împărțirii Belgiei în 4 regiuni lingvistice – cea flamandă, cea franceză, cea germană și capitala, care e bilingvă -, legislația belgiană stabilește o singură limbă oficială pentru primele trei regiuni și două – franceza și flamanda – pentru regiunea capitalei, consecința normală fiind că toți cei care ocupă funcții publice și cei care lucrează în serviciile publice sunt obligați să cunoască limba oficială sau, după caz, limbile oficiale ale regiunii respective. Așa cum s-a reținut în speță, aceasta este o cerință normală în sine, persoana care lucrează într-un serviciu public având nevoie să comunice atât cu autoritățile publice locale care au concesionat sau supraveghează respectivul serviciu cât și cu utilizatorii acestuia. Dealtfel, chiar Regulamentul 292/2011, care preia *tale quale* prevederile Regulamentului 1612/1968, adaugă o excepție de la regula conform căreia străinilor nu li se pot cere alte condiții decât cetățenilor statului gazdă pentru ocuparea unui post, și anume cunoștințele lingvistice cerute de natura postului pentru care se candidează; deci, noul Regulament permite o diferențiere în acest sens între străini și cetățeni (de fapt diferențierea e doar aparentă, căci, dacă cetățenilor nu li se cere condiția limbii, aceasta nu e pentru că ei nu trebuie să o cunoască ci pentru că se presupune că o cunosc, ei fiind originari din statul

respectiv; o prevedere expresă e necesară doar în statele împărțite în regiuni în care limba oficială diferă de la o regiune la alta, cum e și cazul Belgiei). Problema pentru care statul belgian a fost acționat în justiție nu e deci această cerință în sine ci faptul că impune un singur mijloc de dovedire a cunoștințelor lingvistice pentru cei care nu au absolvit învățământul în limba regiunii respective, și anume certificatul eliberat în urma unui examen de un singur organism de stat, situat în Bruxelles. Ca atare, persoana cetățean străin care dorește să ocupe un post într-un serviciu local belgian nu poate promova un examen în limba respectivă în statul propriu, fiind obligată să se deplaseze la Bruxelles la organismul de stat menționat, ceea ce antrenează costuri suplimentare pentru ea, care o pot descuraja să se angajeze într-un asemenea post în Belgia, așa cum s-a reținut în hotărârea Curții. De aceea, cerința impusă, deși aplicabilă tuturor, defavorizează sau este de natură să defavorizeze cetățenii altor state membre care nu locuiesc în Belgia, libera circulație fiind descurajată. Deși scopul menționat este legitim, de interes general, măsura prevăzută de legislația belgiană este disproporționată (și, am adăuga noi, nenecesară) față de respectivul scop, alt scop de interes general, care să justifice măsura, nefiind invocat de statul belgian.

Trebuie menționat de altfel că statul belgian nici nu a încercat să justifice legislația în discuție, arătând, dimpotrivă, că după emiterea avizului motivat al Comisiei s-au declanșat procedurile legislative necesare pentru modificarea ei, dar că aceste proceduri sunt lungi și complexe din cauza structurii federale a țării (nici la momentul judecării cauzei ele nu erau terminate). Or, statul pârât într-o astfel de procedură în fața Curții nu poate invoca particularitățile organizării sale administrative sau judiciare, ale ordinii sale juridice, pentru a justifica încălcarea dreptului Uniunii care i se impută⁷. De asemenea, existența încălcării dreptului Uniunii se apreciază în funcție de situația statului așa cum se prezintă ea la expirarea termenului acordat prin avizul motivat al Comisiei, schimbările ulterioare nefiind luate în considerare⁸.

Drept consecință, Curtea de Justiție a constatat că statul belgian și-a încălcat obligațiile decurgând din tratat în materia liberei circulații a lucrătorilor. Deși avem de-a face "doar" cu o constatare și nu cu o condamnare propriu-zisă, se apreciază că statul respectiv are obligația de a lua toate măsurile necesare pentru a se conforma hotărârii Curții în termenul cel mai scurt (apreciat de Curte de la caz la caz)⁹. În caz de neconformare, statul poate fi obligat de Curte – la solicitarea Comisiei, după aceeași procedură - la plata unei sume forfetare – echivalentă cu o amendă - sau/și a unor daune cominatorii, acestea din urmă până la executarea completă a obligației, după cum poate fi acționat din nou cu același tip de acțiune, spre a se constata încălcarea hotărârii Curții (care este și ea parte a dreptului unional). Este evident că această din urmă soluție nu este eficientă, de aceea Tratatul asupra Uniunii Europene din 1992 a consacrat posibilitatea de mai sus. Problema este că sumele la plata cărora statul este obligat nu sunt executorii, ceea ce nu înseamnă că nu se pot găsi alte soluții pentru a-l constrânge să plătească. Spre exemplu, statului i se poate refuza plata fondurilor europene la care este îndreptățit.

* Lector, Facultatea de Studii Europene UBB Cluj-Napoca; crmnlaraz@yahoo.fr.

¹ A se vedea Hot. CJ 317/14 din 5.02.2015, "Comisia/Regatul Belgiei",
site-ul <http://curia.europa.eu/juris/document/>

² Prevederi interpretate de Curte și de doctrină ca referindu-se la posturile care implică, direct sau indirect, exercițiul autorității publice, ceea ce e cu totul altceva; excepția se aplică însă numai dacă statele doresc aceasta, nu în mod automat; dacă un stat a admis un străin într-un post ce implică exercițiul autorității publice, el e ținut să respecte întrutotul regula nediscriminării în privința celorlalte aspecte legate de prestarea muncii

³ C. Lazăr, "Dreptul Uniunii Europene", Ed. EFES, Cluj-Napoca, 2013, p.437

⁴ D. Martin, "La libre circulation des personnes dans l'U.E.", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1994, p.26;
P.R.S.F. Mathijsen, "A guide to European Union law", Ed. Sweet & Maxwell, Londra, 2010, p.244

⁵ D. Martin, op.cit., p.50

⁶ A se vedea Hot. CJ 11/91 din 10.03.1993, "Comisia/Marele Ducat al Luxemburgului" (ideea rezultă printr-o interpretare per a contrario); Hot. CJ 237/94 din 23.05.1996, "O'Flynn"; toate hotărârile menționate se găsesc pe site-ul <http://curia.europa.eu/juris/document/>

⁷ A se vedea hot. CJ 33/90 din 13.12.1991, "Comisia/Italia"; hot. CJ 330/08 din 11.12.2008, "Comisia/Franța"; hot. CJ 282/08 din 5.02.2009, "Comisia/Luxemburg"; hot. CJ 288/12 din 8.04.2014, "Comisia/Ungaria"; toate hotărârile menționate se găsesc pe site-ul <http://curia.europa.eu/juris/document/>

⁸ A se vedea hot. CJ 333/01 din 13.03.2003, "Comisia/Spania"; hot. CJ 352/01 din 7.11.2002, "Comisia/Spania"; hot. CJ 60/07 din 8.11.2007, "Comisia/Cehia"; hot. CJ 640/13 din 18.12.2014, "Comisia/Regatul Unit"; toate hotărârile menționate se găsesc pe site-ul <http://curia.europa.eu/juris/document/>

⁹ C. Lazăr, op.cit, p.322

ARTICOLE

PRECEDENTUL JUDICIAR – O INTERPRETARE ISTORICĂ A DREPTULUI POZITIV?

dr. Septimiu Ioan PUȚ*

Summary: The judicial precedent – a historical interpretation of positive law? Nowadays, the positive law allows us to rightfully address the question in the title. This is possible because the new codes of civil and criminal procedure have supported a legal institution whose final objective is to issue the judicial order. Its effects extend beyond the legal limitations of the litigation where it was pronounced.

We would like to underline the fact that it is necessary to reassess the importance of the judicial precedent. Even if the legal effects of the official source of law cannot be generalized, the decision pronounced by Înalta Curte de Casație și Justiție is a continuation of the civil law. This official source develops and examines the legal provision. It also becomes mandatory for all the trial courts which face the same legal problem.

We pursue the questioning of the judicial precedent's statute as a formal source of law, which was briefly analyzed by the Romanian law scholars. Unquestionably, we do not claim the authority nor the intention to hold forth inflexible theoretical solutions, similar to the legal force of the judicial precedent from Common-law system. Although, in this respect, it is required to recalibrate the formal sources of Romanian positive law theory, and a starting point might consist in the repositioning the judicial precedent from the questionable formal law sources category in the one of the unquestionable formal law sources, that this cleavage still exists in the Theory of law.

Keywords: *judicial precedent, legal interpretation, source of law, legal effects, positive law*

Cuvinte cheie: *precedent judiciar, interpretare juridică, izvor de drept, efecte juridice, drept pozitiv*

Interpretarea juridică a noilor acte normative fundamentale ale dreptului pozitiv este decisivă pentru aplicarea fidelă a principiilor originare care au condus la elaborarea Noului Cod civil, Noului Cod de procedură civilă, a Noului Cod penal și a Noului Cod de procedură penală.

Cel puțin din perspectivă procesual-civilă și procesual-penală și cel puțin în parte, noutățile par revoluționare.

În materie civilă, dincolo de enunțarea expresă a principiilor inerente noului proces civil, de instituirea "fazei prealabile", a etapei scrise a procesului civil, de procedura cererilor cu valoare redusă, de modificările majore din materia căilor de atac, de alte instituții procesuale nou-create, merită a fi amintită și contextualizată și procedura descrisă de art. 519 și următoarele din Noul Cod de procedură civilă.

În materie penală, noutățile sunt multiple. Acestea vizează în esență accelerarea și simplificarea procedurilor penale, crearea unor instituții juridice moderne, dar și uniformizarea practicii judiciare. Din această ultimă perspectivă se impune să facem trimitere la prevederile art. 475 și următoarele din Codul de procedură penală care consacră posibilitatea sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Procedura civilă de sesizare a Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept și cea penală sunt asemănătoare, cu diferențele care rezultă din specificul fiecăreia¹. Demersul nostru se circumscrie analizei efectelor juridice ale deciziei civile pronunțate în această procedură de către instanța judecătorească supremă în stat.

În distribuirea funcțiilor etatice, interpretarea a fost conferită în mod clasic judecătorului. Sigur că legiuitorul păstrează posibilitatea de a realiza o interpretare oficială autentică în dorința de a asigura deplină generalitate acestui demers, în condițiile în care norma interpretată nu întrunește exigențele de claritate, comprehensivitate, previzibilitate, deși se impune să recunoaștem că această facultate nu este des întâlnită în realitate.

Astfel, s-a pus problema raportului dintre creare și interpretare în drept pentru că atât legiuitorul, cât și judecătorul impun conduite obligatorii².

În sistemele de drept de inspirație britanică, deciziile tribunalelor sunt sursă formală de drept: “hotărârile judecătorești ale instanțelor superioare sunt obligatorii pentru instanțele inferioare în grad”³.

Dar discuții au existat și în familia de drept romano-germanică în legătură cu poziția judecătorului în raport cu legea, pentru că principiul acceptat era că funcția judiciară este subordonată celei legislative⁴. În acest cadru, ne amintim de Școala exegezei, de interpretare literală, formalistă, rigidă a textelor legale, promovată de juriștii Codului Napoleon, total satisfăcuți de opera creată și plecând de la vechiul dicton roman: *optima lex, quae minimum iudici, optimus iudex qui minimum sibi*.

Ca o reacție la acest principiu al supremației funcției legislative, putem aminti așa-numita “școală a dreptului liber” care urmărea emanciparea puterii judecătorești și stabilirea că mai presus de legi se află conștiința judecătorului a căreia trebuie să i se recunoască abilitatea de a tranșa conflictul procesual. “Această teză, anunțată într-o oarecare măsură de Ehrlich și chiar de Gény, a fost formulată în mod mai precis de Kantorowicz (*Gnaeus Flavius*) în cartea «Lupta pentru știința dreptului» (1906) și susținută apoi de Stampe și alții. În genere, partizanii acestei școli fac observația că voința legiuitorului e o pură abstracție, care greu poate corespunde noilor cazuri concrete. În schimb, făcând din judecător un creator și liber înnoitor al dreptului, s-ar recunoaște adevăratul caracter al funcțiunii sale, care nu e aceea de simplu interpret pasiv și s-ar deschide calea unui progres mai rapid al dreptului, unei adaptări mai ușoare la noile nevoi”⁵.

La nivel argumentativ, constatăm că realitatea este situată undeva la mijloc, între cele două concepții antagoniste: prima care partajează net și inflexibil crearea normei care este în competența legiuitorului și interpretarea acesteia care aparține judecătorului, respectiv aceea a dreptului liber care liberalizează, iarăși nejustificat, arbitrar, funcția judiciară.

Adevărul este că judecătorul creează dreptul⁶. Îl creează/recrează cu fiecare ocazie, cu fiecare hotărâre pronunțată. Nu într-un libertinaj absolut, dar undeva pe aproape, pentru că în “actul creator al interpretării”, judecătorul rămâne, totuși, suveran. Asta pentru că rostind dreptul (*juris-discitio*) îl aduce din starea abstractizată și ipotetică în existența concretă și imediată. Tocmai de aceea, s-a arătat că “interpretarea – orice interpretare – este un act de creație. Fără interpretare, regula însăși n-ar fi aplicabilă, reprezentând exclusiv o simplă virtualitate ontologică, nu existențială. Calificarea unei situații, de fapt sau de drept, ca fiind reglementată de o anumită normă juridică supraordonată, implică în mod necesar, nu numai determinarea acestei situații, dar și interpretarea normei respective, spre a se stabili incidența sa. Norma ce nu a fost interpretată, este ca o partitură ce nu a fost cântată”⁷.

Este utopic să credem că opera de legiferare poate acoperi toată varietatea exponențială de situații concrete. Întotdeauna va exista o lacună, o breșă, un hiatus de reglementare, astfel că rolul judecătorului se maximizează, aspect ce reiese neechivoc din art. 1 al Codului civil⁸, respectiv art. 3 al Codului de procedură civilă⁹ care induc ideea certă că judecătorul trebuie să judece, chiar fără să existe norma juridică, și să ofere o soluție judiciară părților din proces¹⁰. Judecătorul din sistemul romano-germanic nu creează/formulează el însuși norma sau vreun principiu ca și judecătorul de common-law, ci apelează la un element al sistemului, la principiul care este situat peste locul normei de drept dacă aceasta lipsește.

În exercitarea funcției sale, judecătorul trebuie să se raporteze la imperativismul dreptului pozitiv, dar și la ceea ce Curtea Constituțională prin soluționarea unei excepții de neconstituționalitate sau Înalta Curte de Casație și Justiție într-un recurs în interesul legii sau în procedura prevăzută în art. 519 și următoarele din Codul de procedură civilă ar decide cu privire la anumite norme juridice și activitatea lor.

Judecătorul trebuie să-și selecteze mănunchiul de norme juridice care devin aplicabile speței concrete, să cunoască sensul primar, autentic al normării și să stabilească compatibilitatea acestuia cu starea de fapt. Analiza și fixarea normelor de drept este, fără îndoială, și contextuală. Judecătorul nu poate extrage pur și simplu aleatoriu anumite norme de drept și să facă abstracție de ansamblul reglementării, mai ales că atât reclamantul, cât și pârâtul își fundamentează în drept pretențiile și apărările.

Fără interpretare nu are cum să se realizeze această punte între abstractul normei de drept și concretul stării de fapt¹¹. Astfel, interpretarea devine vitală în viața socială¹².

Este de notorietate deja că judecătorul nu poate să se pronunțe prin intermediul unor dispoziții generale sau de reglementare. Interdicția era valabilă în vechea reglementare procedural-civilă, dar este de actualitate și astăzi, art. 4 alin. 5 al Codului de procedură civilă prevăzând-o în mod consecvent¹³.

Este superfluu să mai afirmăm că dacă judecătorii ar dispune prin dispoziții generale, s-ar încălca principiul distribuirii puterii etatice¹⁴, în formula clasică: separația puterii statului.

Dar, procedura descrisă începând cu art. 519 din Codul de procedură civilă reprezintă o modificare legislativă de substanță. Consacrarea precedentului judiciar prin normele procedurale este inedită în peisajul sistemului nostru de drept. Aceasta pentru că hotărârea prealabilă va fi obligatorie atât în cauza soluționată de către instanța care a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție, cât și în celelalte cauze similare, însă din momentul publicării în Monitorul Oficial.

Din perspectiva condițiilor formale de admisibilitate, se impun a fi îndeplinite cinci cerințe cumulative: 1. *pricina trebuie să fie pendinte pe rolul unei instanțe care judecă în ultimă instanță*, adică Tribunal, Curte de Apel, Completele Secțiilor Înaltei Curți de Casație și Justiție sau chiar Completul de 5 judecători al Înaltei Curți; 2. *sesizarea să vizeze o chestiune de drept, iar nu de fapt*; 3. *de interpretarea acestei chestiuni de drept să depindă soluționarea pe fond a cauzei*; 4. *chestiune de drept să fie nouă*¹⁵ și 5. *asupra acestei chestiuni de drept Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare*.

Hotărârile prealabile nu trebuie să fie confundate cu recursul în interesul legii din vechea reglementare din cel puțin trei considerente. Mai întâi, calitatea de a sesiza Înalta Curte de Casație și Justiție pentru a soluționa recursul în interesul legii o are Procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea Ministrului Justiției, precum și colegiile de conducere ale Curților de apel sau Avocatul Poporului, în timp ce sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile în chestiuni de drept o poate realiza orice instanță care soluționează o cerere “în ultimă instanță” și care consideră necesară interpretarea unei chestiuni de drept¹⁶.

Apoi, recursul în interesul legii era promovat pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii pe întreg teritoriul României și viza chestiuni de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești, în timp ce noua procedură a sesizării Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru a pronunța hotărâri prealabile în chestiuni de drept vizează procese care se află pe rolul instanțelor de recurs și care vor fi soluționate ținând cont de hotărârea prealabilă a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

În al treilea rând, dacă prin recursul în interesul legii se realiza o interpretare “*a posteriori*”, prin interpretarea chestiunilor de drept în procedura prevăzută de art. 519-521 ale Noului Cod se realizează o interpretare “*a priori*” dacă ne raportăm la momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătorești și la efectele produse față de părțile respectivei cauze, dar și față de alți justițiabili aflați în situații similare.

Noutatea apare evidentă pentru că până acum precedentul judiciar era doar menționat a fi izvor formal de drept în doctrină, deși el nu era în realitate. Pentru a fi izvor de drept trebuie să existe o reglementare în acest sens¹⁷. Sigur că precedentul judiciar are încă o aplicabilitate limitată, nu generalizată. Doar o astfel de interpretare poate fi compatibilă cu arhitectura principiilor sistemului nostru de drept!

Totuși, într-o anumită formulă, precedentul judiciar producea efecte juridice și înainte de reglementarea Noului Cod de procedură civilă, de exemplu pentru cauzele viitoare dacă ne referim la recursul în interesul legii sau, de exemplu, dacă avem în vedere dispozițiile art. 267 din *Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*, potrivit cărora instanțele judecătorești naționale au dreptul, respectiv obligația să ceară Curții de Justiție a Uniunii Europene să se pronunțe, cu titlu preliminar în chestiuni de drept¹⁸.

Este totuși adevărat că ecourile hotărârii pot depăși limitele procesului, putând constitui și pentru justițiabilii interesați care se află în situații asemănătoare un reper și o posibilitate de a-și anticipa soluția care urmează a se pronunța în propriul dosar.

Însă, un concept solid procedural și inflexibil prevăzut de vechiul Cod de procedură civilă și de actualitate și în noile prevederi procedurale este ceea ce se cheamă “relativitatea lucrului judecat”. Hotărârea judecătorească nu devine obligatorie decât în cauza în care a fost pronunțată și exclusiv *inter partes*. Astfel, nici măcar judecătorul nu este ținut în viitor de soluțiile date în propriile cauze, precedentul nu este obligatoriu, el având eventual doar o autoritate, o forță morală. Exceptând procedura dezlegării chestiunilor de drept analizată mai sus, cel puțin la nivel declarativ, regula este aceea că specificul hotărârii nu iradiază și alte dosare¹⁹.

În practica judiciară, chiar înainte de intrarea în vigoare a Noului Cod de procedură civilă, se putea observa o tendință a judecătorilor de a perpetua “cutumiar” precedentul judiciar, în sensul că se preluau considerentele unei hotărâri pronunțate de același judecător sau chiar de un altul și se plombau în noua hotărâre care avea să urmeze linia de raționament deja configurată²⁰. La nivelul Înaltei Curți perpetuarea consuetudinară a precedentului judiciar era mai vizibilă din moment ce hotărârile acestei instanțe pronunțate în diferite materii²¹ în dosare *pendinte*, aveau o forță juridică ce transcendea limitelor dosarelor în care se pronunțau. Astfel, în măsura în care Înalta Curte pronunța o decizie într-un anumit sens, jurisprudența care se crea plecând de la această soluție era cvasi-inflexibil în acord cu aceasta, indiferent de greutatea juridică a argumentelor prezentate²².

Situația descrisă de textul procedural înseamnă că interpretarea judiciară, cea făcută de judecător nu mai este limitată doar la cazul/cauza care o provoacă, ci se instituționalizează ca obligatorie de la momentul publicării în Monitoul Oficial a deciziei de interpretarea a chestiunii de drept.

Actul judecătii înseamnă atât normă sau substitut al acesteia, cât și elementele stării de fapt, simple sau complexe. Sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție înseamnă doar desprinderea chestiunilor juridice și transmiterea acestora pentru a se asigura o interpretare uniformă. Dar, odată ce se va statua de către Înalta Curte de Casație și Justiție într-un fel anume, este clar că judecătorul trebuie să urmeze interpretarea care devine obligatorie.

E drept că nu orice precedent înseamnă precedent valorizator, ci doar în situația recunoscută de textul de drept. Dar, forma este cu atât mai neînsemnată și ceea ce trebuie remarcat este nu că precedentul nu-i predispus generalizării complete, ci că el este suficient de bine reglat încât să poată fi activat în varii situații și să producă efecte juridice în și mai multe cazuri și față de și mai multe subiecte de drept²³.

Și în sistemul de common law sunt precedente judiciare “deciziile care provin de la curțile superioare – Supreme Court of Judicature și Chambre of Lords”²⁴. Precedentul este “autoritatea care o poate avea o decizie judiciară în cazurile analoage celui în care a fost pronunțată. În dreptul anglo-saxon, dacă există drept legal într-o materie, decizia are valoarea relativă a lucrului judecat (*res iudicata*). Precedentul are în acest caz o valoarea de sursă interpretativă a dreptului. Dacă legea nu există sau ea se dovedește insuficientă, atunci autoritatea deciziei este generală, asemănătoare autorității legii; ea este aplicabilă *erga omnes*”²⁵.

Sigur că precedentul este principiul în temeiul căruia speța respectivă este rezolvată, acel *ratio decidendi* propriu-zis, iar nu hotărârea în integralitatea ei.

E de remarcat că până la sfârșitul anului 2014, Înalta Curte de Casație și Justiție a fost sesizată cu numeroase cereri²⁶ privind pronunțarea asupra unor chestiuni de drept atât în materie penală²⁷, cât și în materie civilă²⁸. Multe dintre acestea au fost respinse, mai ales pe considerentul că nu erau aduse în discuție chestiuni de drept. Or, tocmai în aceasta constă esența procedurii: dezlegarea exclusivă a problemei de drept, iar nu a celei (stării) de fapt! Astfel, interpretarea realizată de către Înalta Curte de Casație și Justiție limitează interpretarea în aval a instanțelor de judecată comune care rămân doar să aplice rezultatul interpretării obligatorii la starea de fapt. Opinăm că soluția judecătorului care a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție și a celui care se confruntă cu aceeași problemă de drept, de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial, nu este doar previzibilă, dar este aproape pronunțată. Rezolvarea manierei de aplicare a legii în anumite situații este problema centrală și decisivă a cauzei. Judecătorul rămâne doar s-o pronunțe în concretul cadrului procesual cutare sau cutare²⁹.

Din perspectiva efectelor juridice în timp ale hotărârii prealabile, aceasta își încetează aplicabilitatea *la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării*, potrivit art. 521 alin.4 raportat la art. 518 din Codul de procedură civilă.

În acest context, noile reglementări procesual-civile, respectiv procesual-penale sunt menite și să confirme rolul “de actor principal al instanței supreme în asigurarea unei jurisprudențe unitare”³⁰ și incită din punct de vedere al justificării și încadrării teoretice a instituțiilor dreptului pozitiv.

Toate argumentele prezentate până aici sunt menite a contura ideea că răspunsul la întrebarea plasată în titlu trebuie să devină afirmativ! Un eventual contraargument la calitatea de precedent judiciar care ar putea fi adus onest în discuție ar fi acela că decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție nu creează drept obiectiv și nu are valoarea unei norme de drept în mod real. Însă, ceea ce trebuie observat, este că în această procedură, decizia este continuatoarea normei de drept, ea dezvoltă și activează dispoziția juridică și, nu în ultimul rând, devine obligatorie pentru toate instanțele de judecată care întâlnesc aceeași problematică juridică.

După cum afirmam, chiar înainte de intrarea în vigoare a Codului de procedură civilă, practicienii dreptului simțeau că precedentul judiciar începe să aibă un statut real, că poate impune o anumită forță juridică.

Transpare din spectrul analitic că precedentul judiciar decriptat aici nu este precedentul judiciar din dreptul anglo-saxon (clasic) și nici nu va fi vreodată, pentru că sistemele de drept sunt ele însele diferite, funcționează de mai mult de opt sute de ani după principii divergente, îmbogățite în tradiții, mentalități, paradigme, realități eterogene. Astăzi însă, precedentul judiciar, în limitele unui izvor de drept subsidiar și cu caracter de “excepție”, fără perspectiva generalizării, devine o realitate a dreptului pozitiv național.

În locul unei concluzii fixe, în contextul în care nu am insistat pe condițiile strict procedurale, ci, aproape obsesiv, pe efectele juridice produse, ne amintim cuvintele lui M. Djuvara pe care le putem restrânge și la precedentul judiciar, conform cărora jurisprudența “este izvorul formal adânc al dreptului pozitiv”³¹.

* *Avocat, Baroul Cluj; cadru didactic asociat, Facultatea de Drept a UBB Cluj-Napoca; septimiuput@yahoo.com.*

¹ Mai mult, spre deosebire de Codul de procedură civilă, cel de procedură penală reglementează și situația încetării sau modificării efectelor deciziei Î.C.C.J., art. 477¹ prevăzând că: “în cazul abrogării, constatării neconstituționalității ori modificării dispoziției legale care a generat interpretările diferite și pentru care s-a pronunțat o hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor probleme de drept, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție va sesiza Înalta Curte de Casație și Justiție cu propunere de modificare a deciziei sau, după caz, de constatare a încetării obligativității acesteia. Dispozițiile art. 473 și 474 se aplică în mod corespunzător”. A se vedea *Noul Cod penal. Noul Cod de procedură penală*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 474.

² S-a afirmat în mod legitim că “există două modalități, la prima vedere foarte diferite, utilizate pentru comunicarea standardelor generale de conduită anterior apariției ocaziilor successive în care ele urmează a fi aplicate. Una din acestea folosește la maximum cuvinte generale de clasificare, iar alta – la minimum. Prima poate fi exemplificată prin ceea ce numim legislație, iar cea de-a doua prin precedent judiciar. Putem observa particularitățile distinctive ale acestora în următorul exemplu simplu nejuridic. Înainte de a merge la biserică, un tată îi spune fiului: “Orice bărbat sau băiat, la intrarea în biserică, trebuie să-și scoată pălăria”. Un alt tată, în momentul când intră în biserică, își descoperă capul și spune: “Privește, așa e corect să te porți în astfel de situații”. H.L.A. Hart, *Conceptul de drept*, Ed. Sigma, Chișinău, 1999, p. 127.

³ În acest sens se poate vedea: E.S. Tănăsescu, N. Pavel, *Documente constituționale ale Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord*, Ed. All Beck, București, 2003, p.26.

⁴ Ele sunt extrem de interesante sub aspectul argumentelor vehiculate.

⁵ G. del Vecchio, *Lecții de Filosofie Juridică*, Tipografia Fed, București, 1998, p. 280.

⁶ Nu-l creează din punctul de vedere al procedurilor de judecată pe care nu le poate institui funcția judiciară, ci doar cea legislativă.

⁷ I. Muraru, M. Constantinescu, S. Tănăsescu, M. Enache, Gh. Iancu, *Interpretarea Constituției. Doctrină și practică*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p.20.

⁸ Care enumeră izvoarele dreptului civil. A se vedea *Noul Cod civil și Legea de punere în aplicare*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p.17.

⁹ A se vedea *Noul Cod de procedură civilă și Legea de punere în aplicare*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p.10.

¹⁰ Aceasta este și doleanța părților dintr-un proces care doresc să fie “arbitrate” judiciar în litigiul pe care îl au.

¹¹ “Interpretarea cazuală nu se suprapune perfect peste cea judiciară, realizată de instanța de judecată, pentru că ea poate fi realizată și de alte organe administrative care au atribuții în aplicarea legii”. Gh. Boboș, V. Rebreanu, C. Buzdugan, *Teoria Generală a Statului și Dreptului*, Ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 2010, p. 410.

¹² “Dreptul pozitiv – ca expresie a unui raționament pur – pierde raportul cu derularea fenomenelor în societate. Dimensiunile politice, economice, filosofice etc. s-ar situa în afara dreptului. Am putea vorbi, atunci, de sisteme paralele: drept pozitiv, societate. Interpretând, judecătorul pronunță dreptul – *jurisdictio* –, dar raportându-se permanent la ideea de *justitia*, concepută pe de o parte în componența reprezentată de dreptul pozitiv care transpune valorile juridice într-un mecanism logic, iar pe de altă parte, ca interferență *sine qua non* cu societatea, cu evoluția acesteia”. A se vedea M.C. Eremia, *Interpretarea juridică*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 20.

- ¹³ Se naște în mod legimit întrebarea dacă procedura prevăzută de art. 519 și urm. C.pr.civ. poate fi interpretată ca o excepție de la dispozițiile art. 4 alin. 5 C.pr.civ. În opinia noastră, hotărârea prealabilă nu are puterea juridică de a crea o normă de drept și nici finalitatea autentică a legiuitorului nu a fost aceasta, ci aceea de a “explica și interpreta” sensul real al normei de drept. Interpretarea dată nu reprezintă o nouă regulă normativă, chiar dacă aceasta se impune cu putere obligatorie și în alte cauze în care este incidentă aceeași normă de drept explicitată. S-a și arătat cu just temei în doctrină, cu privire la recursul în interesul legii din vechea reglementare procesuală, că “hotărârea CSJ are rostul să indice înțelesul real și nu să-l impună printr-o regulă generalizatoare”. Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului. Teoria izvoarelor dreptului obiectiv*, vol. III, Ed. All Beck, București 2004, p. 226.
- ¹⁴ În opinia noastră separația puterilor statului nu este o separație, ci o distribuție, iar puterile nu sunt mai multe, ci există o putere etatică unică. A se vedea pentru dezvoltări S. Puț, *Principiul distribuției puterii etatice între tradiția separatistă și fundamentare rațională*, Universul Juridic, București, 2014, p. 84-128.
- ¹⁵ Elementul de noutate pare să fie ales de către legiuitor eronat, pentru că nu noutatea textului este neapărat relevantă, ci actualitatea sa din perspectiva necesității interpretării și unificării practicii judiciare. “Noutatea ar fi trebuit să presupună strict ca respectiva problemă de drept să nu fi fost deja soluționată printr-o altă hotărâre prealabilă sau printr-un recurs în interesul legii” ceea ce înseamnă de fapt chiar ultima condiție. A se vedea, G. Boroi, O. Spineanu-Matei, A. Constanda, C. Negriță, V. Dănăilă, D.N. Theohari, G. Răducan, D.M.Gavriș, F.G. Păncescu, M. Eftimie, *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole*. Vol. I. Art. 1-526, Ed. Hamangiu, București 2013, p.1009.
- ¹⁶ Acest instrument procesual nu este la îndemâna părților litigante. Calitatea de a sesiza Î.C.C.J. o are exclusiv instanța de judecată care judecă în “ultimă instanță”!
- ¹⁷ Condiția raportării la lege este indiscutabilă. În dreptul englez, precedentul judiciar este “legea”, în dreptul nostru pozitiv, precedentul judiciar este izvor de drept, doar dacă legea îngăduie *ab initio* un mecanism juridic cu o domenialitate limitată care să coexiste cu aceasta și să producă, în matricea acceptată, efecte juridice.
- ¹⁸ Prin noua reglementare se instituie și în dreptul intern mecanismul întrebării prejudiciale cu regimul și efectele sale cunoscute.
- ¹⁹ Dar, dacă o hotărâre judecătorească rămâne definitivă, intrând în autoritatea absolută a lucrului judecat, ea nu mai rămâne din acel moment un *juris-dictio* particular, al unui complet al unei instanțe, ci reprezintă o expresie formalizată a funcției judiciare.
- ²⁰ Din diferite rațiuni posibile: comoditate, superficialitate, condenscendență, utilitate ș.a.
- ²¹ Spre exemplu în materia “TVA-ului imobiliar” datorat de către persoanele fizice.
- ²² Evident că această realitate avea și o parte pozitivă, în sensul că asigura mult dorita uniformizare, predictibilitate de la nivelul instanței supreme, însă din perspectiva aplicării dreptului și mai ales a justițiabilului, această imutabilitate reprezenta subminarea actului de justiție prin înlăturarea implicată *de plano* a apărărilor specifice cauzei.
- ²³ În materie penală, compatibilizarea efectelor juridice ale precedentului judiciar cu principiul legalității inscriminării și pedepsei este comentabilă.
- ²⁴ Gh. Mihai, *op.cit.*, p. 225.
- ²⁵ D.C. Dănișor, I. Dogaru, Gh. Dănișor, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C. H. Beck, București, 2006, p.145.
- ²⁶ Oarecum în continuarea normelor de drept care reglementau procedura civilă și cea penală, s-au stabilit jurisprudențial și o serie de alte formalități care trebuiau parcurse pentru a se ajunge la soluționarea propriu-zisă a sesizării. Dintre acestea, se impune să amintim faptul că pe site-ul www.scj.ro al Î.C.C.J. există un ghid de sesizare prealabilă în care sunt expuse condițiile generale, de fond sau formale care trebuie respectate, dar și două modele de adresă de înaintare a sesizării, respectiv de încheiere pentru înaintarea sesizării prealabile.

- ²⁷ La data redactării prezentului, în materie penală au fost formulate sesizări privind, spre exemplu, aplicarea legii penale mai favorabile pe instituții autonome, modul de aplicare a dispozițiilor art. 6 alin. 1 din Noul Cod penal, dacă expertul judiciar este funcționar public ș.a.
- ²⁸ Spre exemplu, în materie civilă au fost formulate cereri și pronunțate decizii privind determinarea instanței competente teritorial să judece cererea de încuviințare a executării silite imobiliare, interpretarea unor norme de drept din Legea nr. 1/2000, interpretarea sintagmei “pensie de serviciu” ș.a.
- ²⁹ Încă din momentul pronunțării deciziei de către Î.C.C.J., justițiabilul știe că procesul lui s-a încheiat, pentru că decizia Î.C.C.J. este obligatorie, iar decizia instanței de judecată comune rămâne definitivă!
- ³⁰ M. Tăbărcă, *Câteva considerații privitoare la competența Înaltei Curți de Casație și Justiție de a pronunța o hotărâre prealabilă pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, *Drept și drepturi – tradiție și modernitate*, în onorom I. Deleanu, Universul juridic, București, 2013, p. 352.
- ³¹ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Enciclopedie juridică. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Beck, București 1999, p.339.

**EVOLUȚIA ȘI NATURA CONTRACTELOR CONSENSUALE:
EMPTIO-VENDITIO ET IUS COMMUNE**

Mihai SAFTA*

Abstract: *The nature of consensual contracts, emptio-venditio and the ius commune.*

Although considered to be a mixture of canon and Roman law, the ius commune stands out as a product of the middle Ages. Having powerful resonance of Roman law sometimes in the guise of theological concepts it offers a very blurred image of medieval society. My study is focusing on the consensual contract, its birth, evolution and applicability in different time frames. From the classic Roman law to the ius commune of the XIV century, contracts have had a steady evolution. Despite the tumultuous history of ius after the fall of the Western Roman Empire, I bring arguments to prove that Roman law has found its way into the Curia Regis of the kings of Hungary not long after its rebirth in the heart of Christianitas, and by the end of the XIV century it was a fully fledged apparatus.

Keywords: *consensual contracts, Roman law, emptio-venditio, political thought, ius commune*

Cuvinte cheie: *contracte consensuale, drept roman, emptio-venditio, gândire politică, ius commune, drept medieval*

Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens. Dreptatea este voința constantă și statornică de a da fiecăruia ce i se cuvine.¹

Renașterea studiilor de drept roman a exercitat o influență profundă și asupra dreptului aplicat. Începând cu sec. al XIV-lea, în toată Franța, dreptul obligațiilor era guvernat exclusiv de principiile legilor romane. Asupra acestei materii, dreptul cutumiar avea înaintea un sistem propriu și original dar, din sec. al XIII-lea, dreptul roman l-a eliminat treptat, substituindu-i-se. În materie contractuală, cutumele generale, redactate oficial, nu conțineau de altfel decât foarte puține prevederi. Sub influența dreptului canonic, a fost introdus principiul moral în contracte. A fost dezvoltată teoria leziunii și s-a considerat că buna credință și respectul cuvântului dat sunt suficiente pentru a se încheia contracte valabile. De aici și adagiul, făcut celebru de Loisel: „On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles”.²

Concepția voințelor congruente ca esență a contractului a prezentat o mare importanță în drepturile de factură romano-germanică. A fost proclamat principiul libertății contractuale, conform căruia, subiecții de drept pot încheia contracte în mod liber. Fundamentul acestui principiu este teoria autonomiei de voință, prin care se afirmă că voința părților contractante creează, numai prin ea însăși, contractul și efectele sale. Această teorie a fost formulată de comentatorii codului civil francez în secolul al XIX-lea, pe baza ideilor filozofice formulate de J.J Rouseau sau Immanuel Kant.³

Gaius, în deschiderea comentariului său despre obligații, statuează ca toate obligațiile izvorăsc fie din contracte fie din delict, după care ne face cunoscută clasificarea obligațiilor născute din contract în obligații *re, verbis, litteris și consensu*: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Este de remarcat faptul că Gaius nu își întemeiază critica pe lipsa consimțământului dintre părți ci pe intenția lui *solvens* care este de a stinge (*distrahere*) și nu de a da naștere (*contrahere*) unei obligații. *Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*.⁴

Fondatorul școlii Proculiene, Labeo, recunoscând mai multe acte licite ca izvoare de obligații, rezerva denumirea de *contractum* convențiilor sinalagmatice perfecte. Se pare că aceasta era opinia proculienilor, în timp ce sabinienii acordau cuvântului un înțeles mult mai larg, incluzând toate operațiunile juridice generatoare de obligații, chiar dacă voința părților nu s-a îndreptat în acest sens.⁵ Textul atribuit lui Labeo s-a păstrat prin intermediul lui Ulpian în Digeste. El datează de la începutul secolului I după Hristos. *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam „agantur”, quaedam „gerantur”, quaedam „contrahantur”: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*. Cuvântul *contractum* înseamnă obligații reciproce, pe care grecii le numesc *synallagma*, precum vânzarea cumpărarea, locațiunea, societatea. *Gestum rem* însemna a săvârși un fapt fără a folosi vorbe.⁶

Contractele consensuale reprezintă tranzacții bilaterale (cu excepția mandatului), ce au la bază un simplu acord de voință. „Stadiul evoluat pe care tehnica de elaborare a obligațiilor l-a atins în cazul contractelor consensuale, se exprimă și în aceea că ele sunt prin excelență convenții generatoare de obligații și nu presupun, în momentul formării, efectuarea vreunui act material.”⁷ Toate operațiunile materiale sunt generate de convenția părților și se fac în executarea obligațiilor create din convenția respectivă. „Ca și contractele reale, contractele consensuale sunt de bună-credință, sancționate prin acțiuni corespunzătoare.”⁸ Ele sunt *Emptio Venditio, Locatio Conductio, Societas și Mandatum*.

În dreptul postclasic a fost sancționat și cel de al cincilea contract consensual - **emfiteoza** sau contractul emfiteotic (Emfiteoza este contractul prin care o parte se obligă să procure celeilalte părți (emfiteot) un fond de pământ pentru a-l cultiva și a-i culege fructele pe

timp nedeterminat, în schimbul unei sume de bani anuală care se numește canon). Natura juridică a emfiteozei a fost multă vreme controversată. Unii juriști consulti au văzut în emfiteoză o vânzare, iar alții o locațiune. Împăratul Zenon i-a conferit regimul juridic de contract consensual distinct.⁹

Iustinian, prin împărțirea sa cvadripartită a izvoarelor obligaționale, a consacrat definitiv conceptul de contract ca acord de voință generator de obligații. Trebuie remarcat însă faptul că, în dreptul roman, contractul putea servi doar la crearea unor raporturi obligaționale, nu și la transferarea sau constituirea de drepturi reale, ca în dreptul actual.¹⁰ „Nu întâmplător, în dreptul postclasic, cuvântul *contractus* are înțelesul de convenție destinată să creeze obligațiuni”.¹¹

*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*¹²

Considerat unul dintre cele mai importante, dacă nu chiar cel mai important contract¹³, **Emptio Venditio** reprezintă practic o vânzare pentru un preț, numele dublu exprimând faptul că era bilateral, dar îndatoririle celor două părți erau diferite. *Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et aequo praestatur oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.* De asemenea, în aceste contracte, părțile se obligă între ele și la tot ceea ce cere echitatea și bun-credință, având în vedere că o parte stipulează și cealaltă promite.¹⁴ Singurul contract cu aceleași caracteristici era **Locatio Conductio**.

Contractul consensual de vânzare deși a apărut abia spre sfârșitul perioadei republicane, dreptul roman clasic cunoaște formele de vânzare prin mancipațiune și vânzarea prin stipulațiuni. Cea din urmă, vânzarea prin stipulațiuni funcționa prin generarea a două prestațiuni (predarea lucrului și plata prețului) generatoare la rândul lor de două stipulațiuni: prima stipulație genera obligația de a preda prețul, iar cea de a doua, obligația de a preda lucrul.

Presupunerea că vânzarea consensuală a fost precedată de vânzarea prin stipulațiuni este confirmată și de fizionomia termenului prin care romanii au desemnat vânzarea consensuală: *emptio venditio*. Această dublă denumire se explică numai prin faptul că înaintea apariției contractului consensual, vânzarea s-a făcut prin două stipulațiuni, reunite în vederea realizării unui singur scop (*emptio venditio*).¹⁵

Elementele esențiale ale contractului de *Emptio Venditio* erau **consimțământul, obiectul vândut și prețul**.

Consimțământul (contrahere-consentire)

În materia vânzării consimțământul reprezintă acordul (*contrahere*) dintre voința celui ce intenționează să vândă și a celui ce intenționează să cumpere. În dreptul lui Iustinian, dacă părțile s-au înțeles să redacteze un înscris (*venditio cum scriptura*), contractul se formează în momentul redactării aceluși înscris și nu în momentul realizării acordului de voință. Până la întocmirea actului scris, oricare dintre părți avea dreptul să renunțe la promisiunea făcută.¹⁶ *Ideo autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura neque praesentia omnimodo*

opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. Se spune că o obligație se naște prin consens în cazurile susmenționate, deoarece pentru valabilitatea ei nu se cere nici un înscris și nici prezența părților și nici nu este nevoie să se facă o prestație pentru ca obligația să existe, fiind suficient ca cei care tratează să consimtă.¹⁷

Obiectul vândut (*res, merx*)

În ceea ce privește **obiectul vândut**, principiile de căpătâi erau că nu poate exista o vânzare fără un obiect vândut, iar orice poate fi vândut atâta timp cât nu intră în *patrimonium* (vânzarea lucrurilor inalienabile). Mai mult, trebuie să reprezinte ceva pentru care cumpărătorul să prezinte *interesse*.¹⁸

„*A res incorporalis might be sold, e.g. a usufruct or usus to be created in favour of the buyer. The enjoyment of an existing usufruct might be sold but not of usus, which was inalienable and could not become alienable: the buyer was presumed to know the law. So a right of way to be created might be sold, and A might sell to B a right of way over C's land, if B had adjoining land, though it might be difficult to carry it out*”.¹⁹

Importanță pentru cercetarea noastră este ideea conform căreia „vânzătorul putea transmite posesiunea asupra unor lucruri mobile sau imobile, după cum putea transmite drepturi de creață, drepturi reale, exercițiul dreptului de uzufruct, dreptul de emfiteoză sau chiar drepturi cu caracter universal”²⁰.

Prețul (*pretium*): *pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet.*²¹

1) trebuie să fie în bani (*in pecunia numerata*), trebuie să fie fix și real (*verum*). Trebuie să fie în bani, altfel ar fi imposibil de a distinge cumpărătorul de vânzător, iar îndatoririle lor ar fi diferite.²²

2) trebuie să fie *certum*. Prețul este determinat atunci când se fixează din momentul încheierii contractului și este determinabil atunci când se indică anumite mijloace pentru fixarea lui.

3) trebuie să fie echitabil (*iustum*). Dacă în epoca dreptului clasic, romanii nu au cunoscut ideea de leziune, în epoca lui Justinian vânzătorul putea să ceară anularea vânzării cu restituirea celor două prestațiuni, dacă prețul nu reprezenta jumătate din valoarea lucrului (*laesio enormis*). Cumpărătorul avea totuși posibilitatea de a plăti în plus o sumă de bani, până la acoperirea diferenței, dacă dorea să păstreze lucrul.²³

Despre îndatoririle vânzătorului: Vânzarea era un contract *bonae fidei* în care ambele părți sunt beneficiare. Obligația de a garanta protecția împotriva evicțiunii are o lungă istorie în dreptul roman.²⁴

Cazul 1: 1290. Doi nobili din comitatul Ungu vând comitelui de acolo o servitoare a lor, numită *Fata*, cu prețul de sașe mărci.

*Nos Benedictus Praepositus, et Conuentus de Lelesz, significamus, quibus expedit, praesentium per tenorem, quod constituti coram Hemereicus et Nycholaus, filii Ioannis de Comitatu de Vng, qui etiam pro Petro fratre ipsorum respondentes, **quamdam ancillam eorum Fata vocatam**, quam in nostra praesentia personaliter statuentes, haereditariam, Vt dicebant, **vendiderunt** Iacobo de Pank, Comiti videlicet de Ungh, **pro sex marcis perpetuo possidendam**; quam pecuniam Iacobus supradictus eisdem **persolui plenarie coram nobis**. In cuius rei testimonium litteras concessimus, nostri sigili munimine roboratas. Datum anno Domini Millesimo, Ducentesimo, Nonagesimo.²⁵*

Cazul 2: 1291. Toma fiul lui Petru vinde comitelui Daniele moșia Cutu din Transilvania cu 20 de mărci.

*Capitulum ecclesie b.Michaelis archangeli Transilvane,[...],quod Thomas filius Petri quondam de Warda presentialiter coram nobis comparendo, quondam terram suam hereditariam, ut eodem referente percepimus Kut nomunatam inter villam Riho, et villam Zekes existentem et adjacentem cum omnibus utilitatibus suis et adjacentiis, sub eisdem antiquis metis signis seu terminis, quibus eam a progenitoribus suis habuit et possedit, dedit tradidit, et **irrevocabiliter vendidit** comiti Danieli filio Chel de Kelnuk et per eum suis heredibus, heredumque suorum successoribus **pro viginti marci**, ab eodem comite Daniele, ut idem Thomas dixit, per eundem plene habitis, ac perceptis iure perpetuo possidendam, et habendam. In cuius rei testimonium, perpetuamque firmitatem, ad petitionem et instantiam predictorum presentes concessimus litteras munimine nostri sigilli roboratas.[...].²⁶*

Cazul 3: 1295. Nicolae, fiul banului Micudu, din Transilvania vinde canonicului Clemente moșia sa Mocu de lângă Mureșu din Transilvania.

*Capitulum ecclesie beati Mychaelis arhangeli Transsiluane,[...], Nobilis vir magister Nicolaus, [...], **vendidit** magistro Clementi concanonico nostro, et per eum suis cognatis, quibus idem ordinabit **pro triginta marcis fini argenti**, plenary similiter coram nobis habitis, persolutis et receptis, per magistrum Nicolau prenotatum, iure perpetuo et irrevocabiliter possidendam, et habendam. **Obligans se idem magist Nicolaus**, vt dictum magistrum Clementem et suos cognatos in pacifica possessione dicte terre perpetualiter conseruaret, contra patrem suum atque fratres, vicinos extraneos sev cognatos, in propriis expensis et laboribus quam terram ad porcionem suam a patre suo et a fratribus suis dixit sibi deuenisse.²⁷*

Cazul 4: 1297. Banul Micudu vinde o moșie a sa, numită lobu din Transilvania, lui Petru, lui Marcu și lui Stefanu fiul lui Davidu.

*[...], **ex bona voluntate** et permissione magistri Njcolai, Demetri et Petri, filiorum nostrorum vendimus Petro Marco, et Stephano, filio David, ac Sud filio petri,[...], **pro triginta marcis minus vna**, perpetuabiliter et pacifice possidendam, partim in argento decime combustionis, partem vero in estimation condign, quam pecuniam ijdem viri plenary nobis persoluerunt obligantes nos eisdem ab omnibus impedicionibus racione terre propriis laboribus et expensis liberate et eosdem in ipsa possession conseruare, quare requirimus discrecionem,[...].²⁸*

Cazul 5: 1325. Comitele Chinezu din comitatul Poșonului se împacă cu comitele Matia în privința moșii numită Niecu.

Apare din nou termenul de *emptio* :

[...], *titulo adquisicionis et empcionis possedisset ut dicebant, [...]*.²⁹

Cazul 6³⁰:

Un document tipic pentru secolul al XIV(1375 septembrie 27) emis de *conventus monasterii beate Mărie virginis de Clusmonustra* (Cluj-Mănăstur), prezintă un contract consensual având la bază consimțământul părților, printr-o învoială chibzuită <între ei>, un schimb de bună voie în ce privește părțile lor de moșie :

...per easdem partes nobis propositum extitit pariter et relatum ministerio vive vocis, quod ipsi sicut prius in possessionariis portionibus ipsorum per deliberativam compositionem permutationem fecissent voluntarie...

Și obligațiile: de acum acele părți se leagă și se prind cu tărie să păstreze neatins sus-arătatul schimb de moșii făcut între dânșii și ca unul să-1 apere întotdeauna și pretutindeni fără păgubire pe celălalt

...nuncque assumptentes eedem partes firmiter se se obligando, quod premissam possessionariam permutationem inter ipsos factam inviolabiliter conservarent ac alter alterum pro possessionaria portione sua permutata tam in iudicio quam extra iudicium contra1 quoslibet1 impetitores1 semper et ubique expediret absque lesione...

...quod faciendum se diete partes sponte obligarunt coram nobis voluntate - ceea ce pomenitele părți s-au legat, de bună voie, în fața noastră s-o facă.

Cazul 7: (1 mai 1343 (Alba-Iulia))³¹

*„Capitulum ecclesie Transsiluane, omnibus Christi fidelibus, tam presentibus, quam futuris, presencium noticiam habituris, salutem in omnium salvatore. Ad universorum noticiam harum serie volumus pervenire quod domina Elyzabeth, priorissa et sorores in ecclesia Sancti Spiritus de Alba commorantes ab una et Johannes, filius Jwanka de Ws, parte ex altera, personaliter coram nobis comparentes, eedem domine moniales **proposuerunt et viva voce sunt confesse** quod ipse quandam terram seu possessionem Petelaka vocatam, in comitatu de Clus existentem, per predecessores eiusdem Johannis, filii Jwanka, ipsi ecclesie Sancti Spiritus et dominabus in eadem residentibus modo testamentario donatam, cum omnibus suis utilitatibus et pertinentiis ad ipsam possessionem spectantibus, eidem Johanni, filio Jwanka, **quem contractus empcionis ipsius possessionis** premissa de causa magis contingere deberet, **pro triginta sex florenis**, pro labore et fabrica claustris eiusdem ecclesie convertendis, plene ipsis coram nobis persolutis, ex consensu et permissione venerabilis in Christo patris domini Demetrii, dei et apostolica gracia episcopi Transsiluani, domini et prelați noștri, vendidissent et vendiderunt coram nobis, perpetuo possidendam, tenendam et habendam, totum ius et dominium, quod in eadem possessione Petelaka hactenus habuissent, in ipsum iohannem, filium Jwanka, et suos heredes per omnia transferentes et in signum ipsius possessionarie vendicionis eedem domine universa litteralia seu instrumenta seu eadem possessione, seu terra confecta ipsi Johanni, filio Jwanka, restituerunt a assignarunt coram nobis. In cuius rei testimonium perpetuamque firmitatem presentes ad instanciam et petitionem eiusdem Johannis ipsi concessimus litteras nostras privilegiales, peodentis et autentici sigillii noștri munimine roboratas.”*

Capitulul bisericii Transilvaniei *ad universorum noticiam harum serie volumus pervenire*, doresc să facă cunoscut faptul că doamna Elisabeta, stareța și călugărițele din biserica Sfântului Spirit din Alba, pe de o parte, și, de cealaltă parte, Ioan, fiul lui Iwanka de Luș, un pământ sau o moșie numită Petea, aflătoare în comitatul de Cluj, cu toate folosințele sale și cu cele ce țin de acea moșie, dăruită prin testament, de către înaintașii acelui Ioan, fiul lui Iwanka, tocmai bisericii Sfântului Spirit și doamnelor ce stau în ea - și de aceea învoiala de cumpărare chiar a moșiei de mai sus trebuie să-1 privească pe el mai cu seamă —, pentru treizeci și șase de florini, ce vor fi schimbați pentru munca și zidirea acelei mănăstiri a bisericii, <florini> plătiți de-a întregul lor înaintea noastră.[...] ca semn al acestei vânzări de moșie, acele doamne <călugărițe> dau înapoi înaintea noastră și trec în stăpânire lui Ioan, fiul lui Iwanka, toate actele scrise, date lor cu privire la acea moșie sau pământ.

Cazul de mai sus cuprinde toate cele trei elemente esențiale detaliate mai sus privitor contractului de vânzare-cumpărare:

Consimțământul: *...eedem domine moniales proposuerunt et viva voce sunt confesse...*

Obiectul: *...terram seu possessionem Petelaka vocatam, in comitatu de Clus existentem...*

Prețul: *...pro triginta sex florenis...*

Pactum de retrovendendo, Pactum protimeseos, Emptio ad gustum, Pactum disciplinentiae, Lex commissoria și In diem addictio, sunt forme de acord ce necesită un studiu mult mai amplu pentru a prezenta pliability și aplicabilitatea lor în *ius commune*.

Poate că cea mai mare diferență între dreptul roman și dreptul medieval constă în principiul cuvântului dat. Dacă începând cu perioada Merovingiană, culminând în epoca Carolingiană cuvântul dat asociat ulterior cu onoarea ajunge să fie un ingredient *sine qua non* al relațiilor feudo-vasalice, în dreptul roman însă joacă un rol diametral opus : „S'il y a un princepe en Droit romain, c'est donc bien plutôt celui de l'inefficacité juridique de la parole donne. **Ex nudo pacto, actio non nascitur**: la règle ne sera jamais abrogée, pas même sous Justinien, en dépit des aménagements de plus nombreux dont on l'assortit. Le pacte nu relève en principe de l'abandon volontaire a autrui, de la simple confiance, incarnée par Fides, cette vieille déesse aux cheveux blancs, plus vieille que Jupiter lui-même (car il fallait qu'elle soit déjà la pour qu'un ordre fut possible dans le monde), et donc on dit qu'elle siège dans la main droite. A l'origine, celui qui fait confiance a la parole d'autrui s'exclut des protections du Droit.”³² Urmând pașii marilor juriști romani Gaius: *ius gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* și Ulpian: *ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, ius gentium* poate fi considerat un bunic îndepărtat al lui *ius commune*.³³

Începând cu secolul al XIV-lea, *ius commune* și-a consolidat poziția ca o parte integrală a culturii Creștine din inima *Christianitas*-ului. În conformitate cu principiile hierocrației specifice secolului al XIII-lea, teologia și dreptul roman ajung să se amalgameze în scrierile medievale târzii. Această juxtapunere de dreptul roman și drept canonic dau naștere unor rezultate ce pot părea bizare pentru un cititor modern, obișnuit cu separarea disciplinelor. Un exemplu este o lucrare atribuită eronat lui Bartolus:

„Satan appears before the court of Christ to bring an action against mankind. It is an *actio spoli* for depriving hell of its rightful possessions. The defendant fails to appear on the assigned day and Satan asks for judgment by default. Christ grants an adjournment on the ground of equity and by virtue of the judge's discretionary powers. The next day the Virgin Mary appears as an advocate for mankind. Satan objects to her, first, on the ground that she is a woman and unfit to be an advocate, and secondly, on the ground of her relationship with the judge. Christ overrules the objection. The virgin argues that Satan is only entitled to possession in God's interest and Christ dismisses the *actio spoli*. Satan then seeks to bring a property action, claiming that he is entitled to mankind on the ground of man's original sin and God's words to Adam that he would die when he ate the forbidden fruit. The Virgin makes an exception (defense) that Satan himself was the cause of the fall of man and that no party is entitled to benefit from his own fraud. Satan makes a replication (reply to a defense) to the effect that, even if this were correct, mankind should be condemned by intervention of the judge (*officio iudicis*), since justice should not allow a crime to go unpunished. The Virgin protests that this amounts to an illegal change of plea by the plaintiff and produces her decisive argument, that Christ's voluntary suffering for mankind has satisfied justice. Satan's claims are therefore dismissed”.³⁴

Obiectivul urmărit avea o misiune dublă. În primul rând prezenta sacrificiul lui Hristos, prin care iadul a pierdut orice putere asupra umanității, iar oamenii puteau pretinde compensație ca dreptate în egală măsură ca grație divină. În cel de-al doilea rând, de a disipa și facilita o înțelegere a elementelor de procedură legală, prin care dreptatea era aplicată.

Concluzii

Abundența termenilor de drept roman folosiți în documentele anterioare, reprezintă martorii tăcuți ai evoluției jurisprudenței medievale, forma și fondul lor aparent identic pot crea concluzii anacronistice. Expresiile folosite: (...*ex bona voluntate*...,...*titulo acquisitionis et emcionis possedisset*...,...*quem contractus empcionis ipsius possessionis*...,...*quam pecuniam Iacobus supradictus eisdem persolui plenarie coram nobis*...,...*vendiderunt Iacobo de Pank, Comiti videlicet de Ungh, pro sex marcis perpetuo possidendam*...etc) dovedesc, în pofida curentelor istoriografice de a diminua importanța sa, infuzia de drept roman în spațiul lumii medievale nord-dunărene în secolele XIII-XIV.

* Doctorand al Universității Babeș-Bolyai, Romania. Mihaisaftas.259@gmail.com.

Cercetare finanțată prin proiectul „**MINERVA – Cooperare pentru cariera de elită în cercetarea doctorală și post-doctorală**”, cod contract: POSDRU/159/1.5/S/137832, proiect cofinanțat din Fondul Social European prin Programul Operațional Sectorial Dezvoltarea Resurselor Umane 2007-2013.

¹ *Instituțiile lui Iustinian, Iustiniani Institutiones*, trad. de Vladimir Hanga and Mircea Dan-Bob (București: Universul Juridic, 2009). p. 29.

² Mihnea-Dan Radu, *Dreptul roman al obligațiilor* (Cluj-Napoca: Argonaut, 2008). p. 212.

³ *Ibid.* p. 212.

⁴ *Ibid.* pp. 87-88.

⁵ *Ibid.* pp. 87-88.

⁶ *Ibid.*

⁷ Emil Molcuț, *Drept privat roman* (București: Universul Juridic, 2011). P 287

⁸ *Ibid.* p. 288.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Mihnea-Dan Radu, *Dreptul roman al obligațiilor* (Cluj-Napoca: Argonaut, 2008). pp. 87-88.

¹¹ Emil Molcuț, *Drept privat roman* (București: Universul Juridic, 2011). p. 287.

¹² *Instituțiile lui Iustinian, Iustiniani Institutiones*, trad. de Vladimir Hanga and Mircea Dan-Bob (București: Universul Juridic, 2009). p. 304.

¹³ W.W. Buckland, *A text-book of Roman Law from Augustus to Iustinian* (Cambridge: University Press, 1921). p. 478.

¹⁴ *Instituțiile lui Iustinian, Iustiniani Institutiones*, trad. de Vladimir Hanga and Mircea Dan-Bob (București: Universul Juridic, 2009). pp. 304-05.

¹⁵ Emil Molcuț, *Drept privat roman* (București: Universul Juridic, 2011). p. 289.

¹⁶ *Ibid.* p. 291.

¹⁷ *Instituțiile lui Iustinian, Iustiniani Institutiones*, trad. de Vladimir Hanga and Mircea Dan-Bob (București: Universul Juridic, 2009). p. 305.

¹⁸ W.W. Buckland, *A text-book of Roman Law from Augustus to Iustinian* (Cambridge: University Press, 1921). P 479.

¹⁹ *Ibid.* p. 482.

²⁰ Emil Molcuț, *Drept privat roman* (București: Universul Juridic, 2011). p. 291.

²¹ *Instituțiile lui Iustinian, Iustiniani Institutiones*, trad. de Vladimir Hanga and Mircea Dan-Bob (București: Universul Juridic, 2009). p. 307.

²² „The rule and the reason are given by Gaius as the Proculian view. The Sabinians held that it might be sale though the price was not in money, and Gaius tells us that Caelius Sabinus urged that if a thing was given, clearly as the price for a thing offered for sale, the difficulty would not arise. But Justinian did not adopt this and it is clear that the Proculian view prevailed. But the Code adopts an enactment of A.D. 238, which declares, on such facts, not that it was sale, but that there was an action „ad exemplum ex empto actionis.” W.W. Buckland, *A text-book of Roman Law from Augustus to Iustinian* (Cambridge: University Press, 1921). p. 482.

²³ Emil Molcuț, *Drept privat roman* (București: Universul Juridic, 2011).p 292-93

²⁴ A se vedea W.W. Buckland, *A text-book of Roman Law from Augustus to Iustinian* (Cambridge: University Press, 1921). pp. 486-488.

²⁵ N. Desușeanu and Eudoxiu de Hurmuzaki, *Documente Privatoare la Istoria Românilor, 1199-1345* (București: Academia Română, 1887), I. p. 490.

²⁶ *Ibid.* p. 516.

²⁷ *Ibid.* pp. 527-28.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* p. 598.

³⁰ DIR, Transylvania.

³¹ *Ibid.*

³² Alain Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, ed. by Seuil (Paris: Points, 2005). pp. 151-52.

³³ L. De Mauri, *Regulae Juris raccolta di 2000 Regole Del Diritto*, ed. by Ulrico Hoepli Editore, Undecima edizione edn (Milano: Hoepli, 2010). p. 127.

³⁴ Peter Stein, *Roman Law in European history* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004). p. 74.