

**STUDIA**  
**UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI**  
**IURISPRUDENTIA**

**Nr. 4 / 2013**  
**Octombrie – Decembrie**

## **COLEGIUL REDACȚIONAL**

**REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU**

**REDACTOR COORDONATOR: conf.dr. Mircea Dan BOB**

### **MEMBRI:**

**conf.dr. Sergiu BOGDAN**

**prof.dr. Dan CHIRICĂ**

**asist. Cosmin COSTAȘ**

**prof.dr. Mircea Ștefan MINEA**

**prof.dr. Paul VASILESCU**

### **REFERENȚI:**

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

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

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

**Bjarne MELKEVIK - profesor, Université Laval, Québec**

**Benoit MOORE - profesor, Université de Montréal**

**Jean PINEAU - profesor, Université de Montréal**

**SECRETAR DE REDACȚIE: asist. Sergiu GOLUB**

## CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

In memoriam Mircea Mureșan (d. 2003) .....	5
Ana Boar, UNELE ASPECTE ALE NOII REGLEMENTĂRI A UZUCAPIUNII ÎN CODUL CIVIL.....	7
Mircea Dan Bob, DREPTUL ROMAN ÎNTR-O JURISPRUDENȚĂ TESTAMENTARĂ INTERESANTĂ A CURȚII DE APEL CHIȘINĂU ASUPRA REZERVEI SUCCESORALE .....	16
Dan Chirică, LEZIUNEA - ÎNTRE REGLEMENTAREA VECHIULUI ȘI NOULUI COD CIVIL .....	25
Horațiu Coța, CONSIDERAȚII ASUPRA NATURII JURIDICE A SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE DE GRADUL I.....	45
Meda Couzens, APLICAREA PRINCIPIULUI INTERESULUI SUPERIOR AL COPILULUI DE CĂTRE CURTEA CONSTITUȚIONALĂ A AFRICII DE SUD ÎN CADRUL LUĂRII MĂSURII CONFISCĂRII UNUI IMOBIL CU DESTINAȚIE DE LOCUINȚĂ CE A SERVIT LA SĂVÂRȘIREA UNOR INFRAȚIUNI DE CĂTRE PĂRINȚII UNOR MINORI: O DISCUȚIE A CAZULUI <i>VAN DER BURG AND ANOTHER V NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS AND ANOTHER</i> 2012 (2) SACR 331 (CC).....	61
Marius Ion Floare, O PRIVIRE ISTORICĂ ASUPRA ABORDĂRII JURIDICE A BUNEI ȘI RELEI CREDINȚE ÎN CONTRACTE.....	72
Emeșe Florian, CONSIDERAȚII PRIVIND REGLEMENTAREA REPRODUCERII UMANE ASISTATE MEDICAL CU TERȚ DONATOR ÎN DREPTUL ROMÂN .....	101
Călina Jugastru, FAPTELE JURIDICE LICITE – SURSE DE OBLIGAȚII .....	113
Duard Kleyn, THE PROTECTION OF QUASI-POSSESSION IN SOUTH AFRICAN LAW.....	142
Alina Oprea, EXCEȚIA DE ORDINE PUBLICĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT ȘI REZERVA SUCCESORALĂ .....	165
Șerban Mircioiu, ORIGINEA ȘI FUNCȚIILE SEZINEI.....	178
Ovidiu Podaru, L'ACTE CIVIL UNILATÉRAL C. L'ACTE ADMINISTRATIF – RÉFLEXIONS SUR LA DÉLÉGATION DE L'EXERCICE DU POUVOIR PUBLIC AUX PARTICULIERS.....	185
Ovidiu Podaru, ACTUL CIVIL UNILATERAL VS. ACTUL ADMINISTRATIV – REFLECȚII ASUPRA DELEGĂRII CĂTRE PARTICULARI A EXERCIȚIULUI PUTERII PUBLICE .....	193

Raluca Szekely, CONFIGURAȚII GENERALE ALE DISCERNĂMÂNTULUI ÎN DREPTUL CIVIL ROMÂN.....	200
Florin Vădeanu, CÂTEVA ASPECTE REFERITOARE LA COMPETENȚA MATERIALĂ A JUDECĂTORIILOR CA INSTANȚE DE PRIM GRAD ÎN MATERIA PARTAJULUI SUCCESORAL SUB IMPERIUL NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ.....	232
Rena Van Den Bergh, THE MUNIFICENT DONOR AND HIS REVENGE ON THE UNGRATEFUL DONEE: THEN AND NOW.....	245
Adrian Tamba, LESION AND ITS FUNCTIONAL EQUIVALENTS. A GLANCE AT FRANCE, QUÉBEC, LOUISIANA AND THE UNITED STATES COMMON LAW .....	260

**In memoriam Mircea Mureșan (d. 2003)**

**Numărul 4/2013 este dedicat memoriei  
profesorului Mircea Mureșan**

**Le numéro 4/2013 est dédié à la mémoire  
du professeur Mircea Mureșan**

**The issue n° 4/2013 is dedicated to the memory  
of Professor Mircea Mureșan**



## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **UNELE ASPECTE ALE NOII REGLEMENTĂRI A UZUCAPIUNII ÎN CODUL CIVIL**

**Ana BOAR\***

**Abstract: Some aspects of the usucapio in the new Romanian civil code.** As the Romanian legislative framework governing land registration system is returning to its original principle of constitutive effect upon the rights recorded, meanwhile being subjected to various legal and technical reforms, the renewed statutory environment for acquisitive prescription in Civil Code is called to offer an answer suitable to current requirements for a perpetuation of the split-up between factual and legal growing, at a certain point, unacceptable.

The partial transposition of dispositions previously held in Decree-Law No. 115/1938, the spectacular reduction, where possession has commenced under the new law according to Law No. 71/2011, of the timeframe necessary for the acquisitive prescription to come into effect, the setting forth of the circumstances in which acquisitive prescription applies for lots unrecorded in the land registry, as well as the reformulation of some norms concerning basic principles of the inscription, such as the legitimacy of the recording, as well as the separate rules contained in the Code of Civil Procedure for procedural requirements pertaining to the recording of the acquired right in real estate, included expressly stating the non-retroactivity of effects for acquisitive prescription are just some of the aspects that will definitely be noticed in the jurisprudence before arising in the legal practice, obviously to be handling such issues after a considerable time gap.

**Keywords:** usucapio, land registers, civil code, possession

**Rezumat:** In contextul revenirii la principiul efectului constitutiv al înscrierii în cartea funciară și al modificărilor de ordin legislativ și tehnic la care este supus acest sistemul de publicitate imobiliară, noua reglementare a instituției uzucapiunii în Codul civil este chemată să ofere un răspuns adecvat exigențelor actuale la problema "divorțului" dintre faptic și juridic, a căruia perpetuare prea îndelungată dreptul nu este dispus să o accepte.

Preluarea parțială a dispozițiilor anterioare din Decretul-lege nr. 115/1938, reducerea spectaculoasă a termenelor necesare pentru producerea efectelor uzucapiunii - aplicabilă însă conform Legii nr. 71/2011, doar posesiilor începute sub imperiul legii noi, reglementarea expresă a condițiilor uzucapiunii pentru imobilele neînscrise în cartea funciară, precum și reformularea unor texte care se referă la reguli de bază ale înscrierii, cum este legitimitatea acesteia, ca și reglementarea separată, în noul Cod de procedură civilă, a procedurii de înscriere a dreptului uzucapat, inclusiv formularea expresă a principiului neretroactivității efectelor uzucapiunii, sunt doar câteva dintre aspectele pe care doctrina le va sesiza cu siguranță înaintea practicii judiciare, care va fi în mod evident confruntată cu aplicarea lor cu un considerabil decalaj.

## §1. Principiul publicității constitutive *redivivus*

1.1. Menită să realizeze, în sfârșit, unificarea legislativă în domeniul publicității imobiliare, după o evoluție care a generat polemici în doctrină și dificultăți de aplicare practică, Legea cadastrului și publicității imobiliare nr. 7/1996 se pregătește să-și aniverseze "majoratul civil", ocazie care s-ar putea dovedi nimerită pentru un bilanț al incidenței noii reglementări asupra circuitului juridic civil și a protecției drepturilor reale imobiliare<sup>1</sup>.

Dincolo de aspecte strict tehnice, cu incidențe majore însă asupra siguranței tranzacțiilor referitoare la imobile, cum ar fi schimbarea frecventă a numerelor cadastrale, sau a "identificatorului unic", cum este acesta denumit în actuala reglementare, care îngreunează sau uneori face de-a dreptul imposibilă, stabilirea identității imobilului cu acela din actele succesive de proprietate, ori insuficiența elementelor de identificare a titularului și a titlului său (cauza înscrierii)<sup>2</sup>, care pot pune sub semnul întrebării însăși rațiunea de a exista a publicității imobiliare, constatarea care se impune cu evidență este aceea că oscilația permanentă între siguranța dată de sistemele materiale sau constitutive de drepturi și flexibilitatea permisă de sistemele formale sau declarative a continuat să se manifeste nu doar sub aspect teoretic, ci și în domeniul legislativ, antrenând nevoia unei permanente adaptări a practicii la exigențele uneia sau alteia dintre cele două categorii de sisteme de publicitate.

Or, indiferent dacă sunt constitutive sau doar declarative de drepturi, dacă se bazează pe evidențe reale sau personale, dacă funcționează după principiul încrederii publice în înscriere ori după acela al unei prezumții simple de existență a dreptului, sistemele de publicitate funciară au toate rostul de a garanta o cât mai mare securitate titularului și terților și de a evita sau cel puțin de a simplifica problemele contencioase. Ca răspuns la criticile aduse abandonării prin forma inițială a Legii nr. 7/1996 a caracterului constitutiv de drepturi al înscrierii în cartea funciară, considerată ca un regres față de reglementarea anterioară a cărților funciare prin Decretul-lege nr. 115/1938, întrucât înlătura cu brutalitate o tradiție care în Ardeal depășește simplul domeniu juridic<sup>3</sup>, noul Cod civil pare să revină la principiul dobândirii și stingerii drepturilor reale nu prin simplul acord de voință, ci prin înscrierea și respectiv radierea lor din cartea funciară (art. 885), care devine, dincolo de mijloc de informare, un instrument de garantare a drepturilor.

1.2. Principiul înscrierii, respectiv regula dobândirii, transmiterii și stingerii drepturilor reale imobiliare exclusiv prin efectul înscrierii, a fost, încă de la introducerea sa, o trăsătură esențială a instituției cărților funciare în Ardeal. Regulamentul de carte funciară introdus în Ungaria în anul 1855 și pus în vigoare ulterior și în Ardeal, în anul 1870, l-a preluat din Codul civil austriac, alături de principiile publicității, specialității și verității<sup>4</sup>. Decretul-lege nr. 115/1938 a menținut efectul constitutiv de drept al înscrierii în cartea funciară, stabilind prin art. 17 că drepturile reale asupra imobilelor se vor dobândi numai dacă există acordul de voință între cel care dă și cel care primește, în temeiul unei cauze determinate și constituirea sau strămutarea a fost înscrisă în cartea funciară<sup>5</sup>.

Referirea expresă la caracterul causal al actului care servește ca temei al înscrierii drepturilor în cartea funciară nu a fost preluată în noua reglementare dată sistemului de publicitate prin cărți funciare în Codul civil. În schimb, legiuitorul a simțit nevoia să circumscrie



producerea efectului constitutiv exclusiv la drepturile reale asupra imobilelor înscrise în cartea funciară, ceea ce ar implica o supraviețuire a principiului constituirii sau strămutării drepturilor reale fără înscriere pentru așa numitele "imobile extratabulare", chiar după ce aceste dispoziții ale art. 885 din Codul civil vor deveni aplicabile, conform art. 56 al Legii nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, respectiv după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare .

Fără a avea pretenția de a putea oferi, în acest stadiu cu totul incipient al aplicării lor, vreun răspuns definitiv la întrebările pe care acestea le ridică, în cele ce urmează ne propunem să atragem atenția doar asupra unora dintre consecințele pe care particularitățile noii reglementări a efectului constitutiv al înscrierilor în cartea funciară le antrenează cu privire la această instituție care este uzucapiunea sau prescripția achizitivă, prezentă sub forme diferite de-a lungul timpului în aproape toate sistemele de drept și evoluând odată cu acestea și considerată de către autorii Codului civil francez de la 1804 ca fiind "*dintre toate instituțiile dreptului civil cea mai necesară ordinii sociale*"<sup>6</sup>.

## §2. Publicitate prin cărțile funciare și publicitate prin posesie

2.1. Reglementarea uzucapiunii se întemeiază, în general, pe ideea că "divorțul" dintre faptic și juridic nu se poate perpetua la nesfârșit, astfel încât dezordinii îi este preferată in justiția. Aceasta în sensul că, deși la originea sa stă sfidarea nu doar a normelor juridice ci, îndeosebi în situația în care posesorul este de rea-credință, chiar și a principiilor de ordin moral, prin mecanismul uzucapiunii dreptul se aliniază faptului, recunoscându-l ca titular pe acela care, fără a avea această calitate s-a comportat *timp îndelungat* ca și când ar fi fost astfel investit.

Principiul încrederii publice și prezumția de existență a drepturilor înscrise (art. 900 și art. 901 din Codul civil, care reiau dispozițiile art. 32 și 33 din Decretul-lege nr. 115/1938) impun ca, în conflictul dintre titularul înscris și acela care exercită în fapt dreptul, respectiv posesorul, să câștige, de regulă, primul. Pentru că drepturile reale asupra imobilelor nu pot exista fără înscrierea în cartea funciară (art. 885) și cuprinsul cărții funciare se consideră a fi exact (art. 900), în principiu, nu se poate dobândi un drept real concurent cu acela al titularului înscris în cartea funciară. Rolul pe care publicitatea prin posesie<sup>7</sup> îl joacă în sistemele declarative de drepturi este, în sistemele materiale, constitutive, unul excepțional, iar uzucapiunea este destinată aplicării la ipoteze cu totul marginale.

Cele două forme de uzucapiune reglementate de Codul civil prin art. 930: uzucapiunea extratabulară sau "în contra cărții funciare" și respectiv art. 931: uzucapiunea tabulară sau "prin cartea funciară", preiau în linii mari reglementarea anterioară din art. 27 și art. 28 din Decretul-lege nr. 115/1938. Acestea sunt singurele forme de prescripție achizitivă reglementate de lege în prezent, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, dispozițiile referitoare la uzucapiune din vechiul Cod civil fiind inaplicabile pentru cazurile în care posesia a început după această dată.

2.2. Termenele cerute pentru împlinirea uzucapiunii au fost reduse, pentru ambele forme, la jumătate din cele prevăzute în reglementarea anterioară care a servit ca model. Măsura în care o asemenea reducere spectaculoasă a termenelor, după numai aproximativ 60 de ani de aplicare, este sau nu justificată din punctul de vedere al temeiurilor nu doar juridice, ci și filozofice, morale, sociologice și chiar economice ale acestei instituții, ar merita să facă obiectul unei cercetări distincte. O asemenea discuție merită cu atât mai mult atenția, cu cât, practic, această reducere s-a produs concomitent cu abrogarea totală a reglementărilor aplicabile până atunci în cea mai mare parte a teritoriului țării, din vechiul Cod civil, care prevedeau termene de trei și respectiv de patru ori mai mari decât cele actuale.

### §3. Uzucapiunea și imobilele neînscrise în cartea funciară

3.1. Dacă atunci când enunță principiul efectului constitutiv al înscrierii în cartea funciară, art. 885 din Codul civil se referă expres la drepturile reale asupra "*imobilelor înscrise în cartea funciară*", atunci când permite dobândirea de către cel care l-a posedat timp de 10 ani, prin uzucapiunea extratabulară, art. 930 se referă în general la dreptul de proprietate "*asupra unui imobil*" și dezmembrămintele sale.

Mai mult, la cele două ipoteze de uzucapiune extratabulară, reglementate anterior prin art. 28 din Decretul-lege nr. 115/1938, respectiv moartea proprietarului înscris și renunțarea titularului la dreptul de proprietate, art. 930 adaugă expres și posesia, pe durata termenului prescris, a unui *imobil care nu era înscris în nicio carte funciară*.

Anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, imobilelor din regiunile în care publicitatea imobiliară nu se realiza prin cartea funciară, ci prin registrele de transcripțiuni-inscripțiuni, le erau aplicabile dispozițiile referitoare la uzucapiune din Codul civil din 1864, iar celor din regiunile cu cărți funciare dispozițiile Decretului-lege nr. 115/1938, cu excluderea formelor de prescripție achizitivă prevăzute de Codul civil<sup>8</sup>, potrivit art. 48 din Legea nr. 241/1947. O singură excepție era de imaginat de la această regulă și anume situația în care, în regiunile de carte funciară, ar fi existat anumite parcele care nu ar fi fost cuprinse ori imobile care nu ar fi fost înscrise în cartea funciară, pentru care se admitea aplicarea Codului civil<sup>9</sup>. Soluția este în prezent consacrată expres în art. 82 din Legea nr. 71/2011, de punere în aplicare a noului Cod civil, în sensul că, în cazul imobilelor pentru care, *la data începerii posesiei*, nu erau deschise cărți funciare, rămân aplicabile dispozițiile în materie de uzucapiune din Codul civil de la 1864. Desigur, interpretarea care trebuie dată acestui text este că se referă exclusiv la posesiile începute anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, pentru cele începute ulterior trebuind să fie avute în vedere dispozițiile pe care acesta le cuprinde în art. 930 alin. 1 lit. c. Un posesor de rea credință a unui asemenea imobil neînscris în cartea funciară (de exemplu a unui teren agricol dobândit prin constituirea sau reconstituirea dreptului de proprietate, chiar în regiunile de carte funciară sau pentru un imobil din celelalte regiuni), a cărui posesie ar fi început în luna septembrie 2011, ar putea dobândi dreptul prin prescripția de 30 de ani, care s-ar împlini în septembrie 2041, iar dacă posesia ar fi început în luna octombrie 2011, prescripția s-ar împlini în 2021! Problema s-ar putea pune ca acesta să renunțe la posesia

anterioară și să se prevaleze doar de posesia de după intrarea în vigoare a noului Cod civil, pentru a beneficia de termenul astfel redus. Dacă se admite o asemenea posibilitate, ar însemna că practic art. 82 din Legea nr. 71/2011 ar rămâne aplicabil doar în situația în care timpul rămas pentru împlinirea termenului prescripțiilor începute anterior ar fi mai mic decât termenul de 10 ani prevăzut de noua reglementare.

Dacă art. 28 din Legea nr. 7/1996 recunoaște posesiei care a condus la uzucapiune efectul de opozabilitate fără înscriere în cartea funciară, noul Cod civil preia în art. 887 dispozițiile art. 26 din Decretul-lege nr. 115/1938, și nu cuprinde uzucapiunea printre excepțiile de la regula dobândirii drepturilor exclusiv prin înscriere. Pentru ca uzucapantul să devină titularul dreptului real trebuie să își înscrie dreptul în cartea funciară, potrivit procedurii reglementate de art. 1049-1052 din noul Cod de procedură civilă. Potrivit alin. 2 al art. 930 din Codul civil, cererea uzucapantului trebuie însă să fi fost făcută înainte ca o terță persoană să își fi înregistrat propria cerere de înscriere a dreptului în folosul său, pe baza unei cauze legitime, înainte sau chiar după împlinirea termenului de uzucapiune.

În condițiile în care această înscriere este, așadar, prin ipoteză, prima înscriere a imobilului în cartea funciară, posesorul are la dispoziție, fără să mai aștepte împlinirea termenului de 10 ani, și o altă procedură, mult mai simplificată de înscriere în cartea funciară, în temeiul unui certificat de posesie eliberat în condițiile art. 13 din Legea nr. 7/1996. În acest caz, posesorul ar urma să se prevaleze, eventual, de uzucapiunea extratabulară doar pe cale de excepție, în cazul în care s-ar formula contestație cu privire la calitatea sa de posesor.

3.2. Sub vechea reglementare, au existat interpretări conform cărora în cazul de uzucapiune reglementat de art. 28 Decretul-lege nr. 115/1938, încheierea sau hotărârea prin care se constata împlinirea ei ar produce efecte retroactiv, pentru că în prealabil are loc uzucapiunea și numai ulterior se cere intabularea<sup>10</sup>, iar până în momentul înscrierii dreptul dobândit ar avea natura unui drept extratabular<sup>11</sup>. În sprijinul interpretării contrare, în sensul că, dacă regulii stabilite prin art. 17 din același act normativ, potrivit căreia drepturile reale se dobândesc numai când constituirea sau strămutarea a fost înscrisă în cartea funciară, i se recunoaște caracterul imperativ pe care trebuie să i-l confere interesul de ordine publică, general, căruia îi corespunde, un astfel de caracter retroactiv al uzucapiunii nu poate fi acceptat, în lipsa unei dispoziții legale exprese<sup>12</sup>, pentru securitatea circuitului civil dreptul fiind dobândit de posesor numai de la data intabulării<sup>13</sup>.

Reglementarea actuală tranșează orice discuție, art. 1052 alin. final din noul Cod de procedură civilă, prevăzând în mod expres în că reclamantul este considerat proprietar numai *de la data înscrierii în cartea funciară* a dreptului de proprietate dobândit în temeiul uzucapiunii, care nu produce, așadar, efecte retroactiv. În mod evident, deși se referă expres doar la dreptul de proprietate, aceeași soluție va fi aplicată și pentru celelalte drepturi reale care pot fi dobândite prin uzucapiune.

Lipsa efectului retroactiv al cazului de uzucapiune analog celui din art. 28 al Decretului-lege nr. 115/1938, respectiv art. 930 din codul civil actual, este necontestată în dreptul german, considerându-se că, până în momentul hotărârii de decădere a vechiului proprietar, imobilul i-a aparținut acestuia<sup>14</sup>.

#### §4. Uzucapiunea în favoarea celui înscris fără cauză legitimă

4.1. Spre deosebire de situația uzucapiunii extratabulare, efectul retroactiv al uzucapiunii tabulare sau "prin cartea funciară" a fost în afara oricărei discuții sub reglementarea dată prin Decretul-lege nr. 115/1938. Formularea art. 27, în sensul că drepturile reale înscrise fără cauză legitimă *rămân valabil dobândite*, nu lăsa din acest punct de vedere posibilitatea vreunei alte interpretări.

Nici actuala reglementare prin art. 932 din Codul civil nu este mai puțin clară din acest punct de vedere, atunci când prevede că drepturile celui care a fost înscris, fără cauză legitimă, în cartea funciară, ca proprietar al unui imobil sau titular al unui alt drept real, *nu mai pot fi contestate*.

Totuși, dacă s-ar considera aplicabile și acestui caz de uzucapiune dispozițiile art. 1049-1052 din noul Cod de procedură civilă<sup>15</sup> ar trebui ca nici în această situație efectul să nu se producă retroactiv, ci doar de la data la care, potrivit acestei proceduri, se înscrie în cartea funciară dreptul dobândit în temeiul uzucapiunii. În realitate, în acest caz nu se mai pune problema înscrierii dreptului, care prin ipoteză este deja înscris în cartea funciară, termenul de 5 ani al uzucapiunii curgând tocmai de la data înregistrării cererii de înscriere. Procedura reglementată prin Codul de procedură civilă urmărește, în situația uzucapiunii tabulare, doar constatarea îndeplinirii condițiilor legale în acest scop, iar înscrierea în cartea funciară a încheierii sau a hotărârii pronunțate consolidează, practic, înscrierea inițială. Altfel, ar însemna ca, în urma admiterii cererii formulate de uzucapant, înscrierea inițială a dreptului său să fie radiată și acesta să fie reînscris în baza încheierii sau a hotărârii pronunțate de instanța de judecată în cadrul procedurii speciale, cu rangul dat de data cererii de înscriere a acestuia. Ce s-ar întâmpla însă în acest caz cu drepturile dobândite de terți de la acesta în perioada dintre înscrierea nelegitimă și noua înscriere?

Așa cum rezultă însă din noua formulare a textului legal, interesul principal al reglementării acestui caz de uzucapiune este acela de a pune la dispoziția uzucapantului un mijloc de apărare împotriva celor care ar pretind drepturi concurente asupra imobilului. După împlinirea termenului uzucapiunii, în condițiile prescise, drepturile uzucapantului nu mai pot fi contestate, prezumția existenței dreptului tabular transformându-se din una relativă, în una absolută.

4.2. Dacă sunt reunite, așadar, condițiile prevăzute de lege, situația juridică creată prin starea de aparență creată prin înscrierea nevalabilă se consolidează în mod definitiv, titlul se "*curăță de viciile sale*"<sup>16</sup>. Cel înscris în mod nelegitim dobândește dreptul asupra căruia a fost înscris și concomitent, dreptul adevăratului titular se stinge, își încetează existența juridică și nu mai poate pretinde ocrotire.

Mecanismul prin care se realizează acest efect extinctiv-achizitiv este tot acela al unei prezumții legale. "Posesia tabulară", înscrierea în cartea funciară ca titular al unui drept generează în favoarea celui înscris o prezumție de existență a dreptului, de același fel cu prezumția pe care o antrenează posesia propriu-zisă. Împotriva acestei prezumții se va putea face dovada contrară, respectiv că persoana înscrisă nu este, în mod legitim, titulara dreptului așa cum o desemnează cartea funciară, numai până la împlinirea uzucapiunii, ulterior

ea nemaiputând fi contestată de nimeni și cu nici un mijloc de probă. Posesia de bună-credință unită cu trecerea timpului va conduce la consolidarea aparenței create prin faptul înscrierii nelegitime și la transferarea lui în domeniul dreptului<sup>17</sup>.

Această "convalescență a titlului de dobândire"<sup>18</sup> se produce în mod retroactiv, titularul dreptului real înscris nelegitim în cartea funciară văzându-și, prin urmare, situația consolidată chiar de la data înscrierii făcute în favoarea sa, ca și când acea înscriere s-ar fi făcut în temeiul unui titlu valabil. Oricare ar fi fost viciul care a afectat inițial valabilitatea actului ce a servit ca temelie al înscrierii sau pe aceea a înscrierii propriu-zise, acesta este înlăturat, înscrierea devenind retroactiv valabilă. Efectul retroactiv va consolida drepturile pe care acesta le-a consimțit în această perioadă în favoarea unor terțe persoane, care în măsura în care au fost de bună-credință erau oricum protejate prin dispozițiile art. 901 din codul civil.

4.3. În noua reglementare dată prin Codul civil, referirea expresă la condiția existenței unei "cauze arătate" a consimțământului (acordului de voință) asupra înscrierii dreptului în cartea funciară a fost eliminată. Totuși, din modul în care este redactat cazul de uzucapiune prevăzut de art. 931 rezultă că o înscriere lipsită de cauză legitimă este, în principiu, nevalabilă.

Nevalabilitatea cauzei înscrierii se poate referi, în general, la orice viciu care ar afecta titlul în baza căreia înscrierea a fost operată, spre deosebire de justul titlu în cazul uzucapiunii scurte reglementate de vechiul Cod civil, al cărui unic motiv de nevalabilitate consta în lipsa calității de proprietar a transmitătorului<sup>19</sup>. Lipsa acestei calități constituie singurul viciu pe care-l poate "asana" și prescripția reglementată de art. 900 din Codul civil german<sup>20</sup>.

Desființarea actului în temeiul căruia a fost efectuată înscrierea pentru motive anterioare sau concomitente încheierii sau, după caz, emiterii lui, dă loc la rectificarea înscrierii, în condițiile art. 908 alin. 1 pct. 1, fie pe cale amiabilă, prin declarație autentică notarială a titularului dreptului ce urmează să fie radiat sau modificat, fie prin hotărâre judecătorească, în caz de litigiu. Dacă în acest caz, ca și în situația în care dreptul înscris a fost greșit calificat (art. 908 alin. 1 pct. 2), acțiunea în rectificarea înscrierii va putea fi pornită atât împotriva dobânditorului nemijlocit, cât și împotriva terțului dobânditor cu titlu oneros sau gratuit al dreptului, în cazul în care cauza care determină rectificarea este ulterioară înscrierii (art. 908 alin. 1 pct. 3 și 4), acțiunea nu poate fi pornită împotriva terților dobânditori de bună-credință ai dreptului, în temeiul unui act cu titlu oneros sau a unui contract de ipotecă. Prin urmare, aceștia nu ar avea interes în invocarea uzucapiunii tabulare, întemeiată pe dispozițiile art. 931, chiar dacă ar fi dobândit de la un neproprietar.

Chiar și pentru primele două ipoteze de rectificare reglementate de art. 908 alin. 1 pct. 1 și 2, având în vedere termenele scurte reglementate de art. 909 alin. 2 și 3, care sunt termene de decădere<sup>21</sup>, interesul terților dobânditori de bună credință, cu titlu gratuit sau oneros în invocarea uzucapiunii tabulare, indiferent dacă ar fi dobândit nevalabil de la adevăratul proprietar sau de la un *non dominus*, este circumscris la situațiile în care dreptul la acțiunea de fond nu ar fi încă prescis<sup>22</sup> la împlinirea termenului uzucapiunii de 5 ani. Lăsând deoparte și situația terților dobânditori și a dobânditorilor nemijlociți de rea credință, care nu pot beneficia de uzucapiunea tabulară, rămâne că principalii beneficiari ai asanării titlului lor de dobândire nevalabil rămân dobânditorii nemijlociți de bună-

credință, față de care acțiunea în rectificare este imprescriptibilă, indiferent dacă titlul său a fost de la început nevalabil sau și-a pierdut ulterior legitimitatea.

Recunoașterea unei funcții de publicitate posesiei a fost întotdeauna justificată prin ideea de pace socială. Măsura în care aceasta ajunge să înlăture unul din aspectele esențiale ale absolutismului dreptului de proprietate: vocația de perpetuitate, este consecința imperfecțiunii mijloacelor de publicitate, a căilor de informare a terților asupra titularului lor, vocația de perpetuitate fiind considerabil diminuată când aceste mijloace se reduc exclusiv la stăpânirea în fapt a bunului, adică la posesie.

Dacă pentru o societate aflată la începuturile existenței sale, posesia bunului putea să reprezinte cea mai bună formă de publicitate, inclusiv în domeniul drepturilor imobiliare, societatea modernă nu poate continua să rămână la acest stadiu. Sistemele de publicitate materiale, bazate pe principiul efectului constitutiv al înscrierii par să reducă la minimum această atingere și să evite criticile aduse uzucapiunii, în mod deosebit pe temeiul moralității sociale, pentru că, dacă formalismul pe care-l presupun constituie, într-un anumit sens, o restricție impusă dreptului de proprietate și celorlalte drepturi reale, protecția pe care le-o conferă în schimb este incontestabil superioară celei pe care o pot oferi celelalte sisteme de publicitate imobiliară. Nu posesia pur și simplu a imobilului, ci posesia tabulară, exercițiul dreptului înscris în cartea funciară devine semnul care marchează apartenența bunului și care nu poate fi contestat decât în mod cu totul excepțional.

Revenirea prin noul Cod civil la tradiția efectului constitutiv al înscrierii în cartea funciară, pe care s-a bazat acest sistem de la introducerea sa în regiunile în care a existat încă din secolul al XIX-lea, cu o eficiență care nu poate fi ignorată, lasă din nou loc speranțelor în constituirea, în sfârșit, a unui sistem unic și eficient de publicitate care să asigure stabilitatea și protecția drepturilor reale imobiliare de care circuitul juridic confruntat cu deschiderea și diversificarea pieței imobiliare are atâta nevoie în această perioadă.

---

\* notar public, Timișoara; [anaboar@yahoo.com](mailto:anaboar@yahoo.com).

<sup>1</sup> Deși intrată în vigoare la 90 de zile de la data publicării, Legea nr. 7/1996 urma să fie aplicată practic numai din momentul în care se vor fi finalizat lucrările cadastrale și registrele de publicitate pe baza cărora să se întocmească noile cărți funciare. Vechea reglementare trebuia să-și înceteze aplicabilitatea treptat, în fiecare județ, în momentul finalizării la nivelul respectiv a lucrărilor menționate și să fie abrogată atunci când se definitivă cadastrul la nivelul întregii țări (art. 72). Pentru o opinie în sensul că, în ciuda dispozițiilor legale exprese, vechea reglementare, în regiunile de carte funciară a devenit inaplicabilă de îndată, de la data intrării în vigoare a legii noi, a se vedea M. NICOLAE, **Notă** în *Dreptul* nr. 11, 1996, p. 107 și urm.

<sup>2</sup> Singurul element de identificare a titularului persoană fizică menționat în cartea funciară este numele, deși la completarea cererii de înscriere se solicită indicarea domiciliului, a codului numeric personal, a numărului de identificare fiscală, etc, iar la titlul care justifică înscrierea actul este menționat doar cu referire la categoria largă din care face parte: convenție, act administrativ, hotărâre judecătorească sau chiar act sub semnătură privată.

<sup>3</sup> Încrederea publică de care se bucură cărțile funciare în Ardeal este deosebit de convingător ilustrată potrivit profesorului I. ALBU, **Publicitatea imobiliară în dreptul român. Noile cărți funciare**, în *Dreptul* nr. 11, 1996, p. 3-19, prin faptul că țăranul păstrează cu grijă Biblia -semn al credinței sale și extrasul de carte funciară - semnul proprietății.

<sup>4</sup> G. PLOPU, **Părți alese din dreptul privat ungar**, Tomul I-I. Partea generală. II. Dreptul real, Oradea, 1929, p. 1096.

- <sup>5</sup> Prevederi similare se regăsesc și în reglementarea germană a cărților funciare, în special în art. 873 al B.G.B, astfel încât orice act care transferă proprietatea asupra unui bun imobil, care-l grevează cu un drept real sau care transmite sau grevează un asemenea drept *nu produce nici un efect* dacă nu a fost înscris în cartea funciară. În mod analog, în dreptul austriac și cel elvețian, din convenții nu se pot naște decât drepturi personale, de creanță, crearea sau transferul dreptului real realizându-se în mod *exclusiv prin efectul înscrierii* în cartea funciară.
- <sup>6</sup> A se vedea citatul din Expunerea de motive la titlul **De la prescription**, în PLANIOL, M., RIPERT, G., **Droit civil français**, t. III: **Les biens**, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence (ed. a II-a) Paris 1952, p. 697.
- <sup>7</sup> A. BOAR, **Uzucapiunea. Prescripția, posesia și publicitatea drepturilor**, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 262.
- <sup>8</sup> Trib. Suprem, Decizia de îndrumare nr. 15 din 8 decembrie 1966, în *Culegerea de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1966*, Ed. Științifică, București, 1967, p. 35-37 și mai recent, C.S.J, sec. civ., decizia nr.615/9 martie 1994, în Jurisprudența Curții Supreme de Justiție, set 2/1995, Serviciul de Informatică al Ministerului Justiției.
- <sup>9</sup> A. BOAR, **op. cit.**, p. 259.
- <sup>10</sup> L. POP, **Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale**, ed. Lumina Lex, 1997, p. 266.
- <sup>11</sup> D. CHIRICĂ, **Publicitatea transferurilor dreptului de proprietate imobiliară**, în *Dreptul* nr. 4, 1992, p. 25 și respectiv **Uzucapiunea în practica instanțelor de judecată**, în *Studii și cercetări juridice* nr.1, 1986, p. 62 și urm. În același sens, respectiv că dreptul se dobândește fără înscriere, ca drept extratabular, C. BÎRSAN, M. GAIȚĂ. M. M. PIVNICERU, **Drepturile reale**, Ed. Institutului European, București, p. 209.
- <sup>12</sup> A. BOAR, **op. cit.**, p. 257.
- <sup>13</sup> T. IONAȘCU, S. BRĂDEANU, **Drepturile reale principale în Republica Socialistă România**, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, 1978, p. 184.
- <sup>14</sup> P. ORTSCHIEDT, **La possession en droit civil français et allemand**, teză, Universitatea Grenoble, 1977, p.517 și urm.
- <sup>15</sup> FI. BAIAS, E.CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI (coord.), **Noul Cod civil. Comentariu pe articole**, Ed. C. H. Beck, București, 2012.
- <sup>16</sup> S. BRĂDEANU, **Problema dobândirii dreptului de proprietate și a altor drepturi reale prin uzucapiune, în lumina dreptului socialist**, în *Legalitatea populară* nr. 12,1956, p. 1448-1449. A se vedea și Trib. Suprem, sec. civ., decizia nr. 493/1968, în C. D. 1968, p.69.
- <sup>17</sup> A.BOAR, **op. cit.**, p. 237.
- <sup>18</sup> S. BRĂDEANU, **Problema dobândirii dreptului de proprietate și a altor drepturi reale prin uzucapiune, în lumina dreptului socialist**, în *Legalitatea populară* nr. 12, 1956, p. 1448.
- <sup>19</sup> Trib. Suprem, sec. civ., decizia nr. 493 din 14 martie 1968, în C.D.1968, p. 69.
- <sup>20</sup> P. ORTSCHIEDT, **op. cit.**, p. 32.
- <sup>21</sup> Și nu termene de prescripție, cum sunt din eroare calificate în FI. BAIAS, E.CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI (coord.), **op. cit.**, sub art. 909, deși ulterior se revine cu această precizare. De reținut, de asemenea, că data de la care încep să curgă aceste termene este stabilită în mod diferit în cazul terților dobânditori cu bună credință titlu gratuit (termenul de 5 ani începând să curgă de la data cererii de înscriere a dreptului lor), față de cazul terților dobânditori cu titlu oneros (termenul de 3 ani curgând de la data înregistrării cererii de înscriere a dreptului dobânditorului nemijlocit al dreptului a cărui rectificare se cere, iar cel de 1 an de la data comunicării încheierii prin care s-a ordonat înscrierea acestuia).
- <sup>22</sup> Ca în cazul acțiunii pentru constatarea nulității absolute. A se vedea în acest sens FI. BAIAS, E.CHELARU, R. CONSTANTINOVICI, I. MACOVEI (coord.), **op. cit.**, sub art. 931.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **DREPTUL ROMAN ÎNTR-O JURISPRUDENȚĂ TESTAMENTARĂ INTERESANTĂ A CURȚII DE APEL CHIȘINĂU ASUPRA REZERVEI SUCCESORALE**

**Mircea Dan BOB\***

**Résumé:** *Le droit romain dans une jurisprudence testamentaire intéressante de la Cour d'Appel de Chișinău. Le droit local, laissé en vigueur par l'Empire Tzariste après l'annexion en 1812 de la Bessarabie, comprends le Hexabible de Harmenopoulos (1345) et le Manuel d'Alexandre Donitch (1814). Dans une occurrence où le frère du testateur mettait en cause la validité du testament disposant en grande partie en faveur de la concubine du decujus, la Cour d'Appel de Chișinău a fait en 1925 application des lois ci-dessus, en expliquant leur sens par une belle analyse de droit romain. Notre article envisage la cohérence de cette analyse.*

**Mots clés:** *succession ; testament ; droit romain ; droit romano-byzantin ; querela inofficiosi testamenti ; réserve successorale ; concubinage.*

**Cuvinte cheie :** *succesiune; testament; drept roman; drept romano-bizantin; querela inofficiosi testamenti; rezervă succesorală; concubinaj*

Cercetările ce le-am întreprins asupra jurisprudențelor noastre mai vechi publicate în revistele de specialitate ne-au atras atenția asupra uneia în materie succesorală. Redăm mai jos integral hotărârea judecătorească, pătrând ortografia originală și însoțind-o cu câteva precizări clarificatoare. Profesorul Mureșan ne-a atras în repetate rânduri atenția asupra importanței studiului Dreptului Roman, materie ce îți permite pătrunderea adecvată a meandrelor instituțiilor juridice actuale. Sprijinul domniei sale s-a prelungit în prezența efectivă în comisia de doctorat a subsemnatului: reproducem de aceea aici o decizie pe care o semnasem în teză, care își păstrează interesul pentru cel interesat de rădăcinile regulilor de drept și care – amintindu-ne de discuțiile ocazionate de susținerea publică a tezei – ni-l readuc în amintire pe profesorul Mureșan.

#### **„TESTAMENT – Basarabia – Acțiune în anulare pentru că s'a testat unei femei imorale.**

*Când se constată din testament (diată) că defunctul a lăsat și fratelui său, reclamant în cererea de anutarea testamentului, o firtă de pământ, acesta nu poate avea o acțiune în anularea testamentului, în baza legiuirilor Armenopol și Donici din Basarabia, char*



*dacă femeia, căreia i s'a testat cea mai mare parte din avere, ar fi a nersoană necinstită, iar greșala acestei femei de a fi trăit necununată cu defunctul testator din cauză că nu era divorțată de primul ei sot, apare explicabilă orin faptul că fiind săracă, n'avea, puțință să cheltuiască cu divorțul; deci dacă din punct de vedere moral, constituie un act reprob de opinia public și pedepsit de lege, nu poate avea însă de efect de a o clasa în rândul femeilor netrebnice, necinstite, în înțelesul care se dă în dreptul romano-bizantin persoanelor turpe. (Curtea de Apel Chișinău, Secția I, deciziunea civilă Nr.30 din 11 Februarie 1925).*

Considerentele deciziei:

Asupra apelului făcut de Teodor Mândrescu, din comuna Meleșeni județul Orhei, contra sentinței Tribunalului Orhei Nr. 53 din 7 Februarie 1924, prin care i s'a respins acțiunea pentru anularea testamentului casnic cu data de 14 Octombrie 1918, lăsat de defunctul său frate Ion Mândrescu, întărindu-se acest testament;

Având în vedere că, din actele dela dosar, depunerile martorilor și susținerile părților, se constată următoarele:

La 23 Ianuarie 1920, a încetat din viață în satul Meleșeni, județul Orhei, Ion Al. Mândrescu, pe urma căruia a rămas mai multă avere și un testament casnic; prin acest testament, cu data de 14 Octombrie 1918, defunctul lasă: 1) Sofiei Petre Roșca, pe care o numește „soția mea fără cununie religioasă”, o vie cu casa și ograda, două loturi de livadă, un lot de arătură și un lot de pădure; 2) Lui Constantin Irescu un lot de arătură și un lot de pădure; 3) Lui Ion V. Irescu un lot de arătură; și 4) Lui Teodor Al. Mândrescu un lot de arătură în măsură de o firtă.

Testamentul fiind depus de către Sofia P. Roșca spre întărire. Tribunalului Orhei, la 2 Iulie 1920, s'a făcut de Teodor Mândrescu contestație, iar Tribunalul judecând contestația și cererea de întărire, prin sentința Nr. 25 din 29 Ianuarie 1923, admite contestația și respinge cererea de întărire a testamentului;

În urma apelului făcut de Sofia Roșca, contra acestei sentințe. Curtea de Apel Chișinău. Secția I-a, prin deciziunea Nr. 194/923, pentru motivul că conform art. 1066<sup>11</sup> și 1066<sup>14</sup> cod civil rus, urmează să se facă o acțiune în anulare a testamentului și în timpul judecării acesteia să se suspende judecarea cererii de întărire, – iar nu o contestație, admite apelul Sofiei Roșca reformează sentința și respinge ca neregulat făcută contestația.

La 15 August 1923, Teodor Mândrescu face acțiune în anularea testamentului, chemând ca pârâți pe Sofia Roșca, Constantin Irescu și Ion Irescu, înaintea Tribunalului Orhei, pentru motivele: 1) Testatorul nu a fost cu mintea sănătoasă și cu memoria în putere; 2) Averele s'a lăsat în cea mai mare parte Sofiei Roșca, soție necununată cu defunctul și nedivorțată de soțul ei Vasile Mocanu;

Tribunalul găsind neîntemeiată acțiunea în anulare, prin sentința Nr. 53 din 7 Februarie 1924, întărește testamentul astfel cum a fost lăsat de defunctul Mândrescu;

Având în vedere primul motiv invocat de apelant atât la prima instanță, cât și în fața Curții, că testatorul nu a fost cu mintea sănătoasă la facerea testamentului;

Deși martorii Alexandru Buciunean și Neculai Roșca, propuși de apelant și ascultați în fața Curții, arată că defunctul Ion Mândrescu nu eră în toate mințile, aceste declarațiuni însă nu pot face nici o convingere, față de declarațiile făcute de martorii

propuși tot de apelant la prima instanță (pag. 40 dosar) și cari spun numai că defunctul era bolnav de picioare și auzea greu;

Dar declarațiile celor doi martori sus arătați nici nu se referă la momentul facerii testamentului, pe când martorii care au fost prezenți la facerea acestui act, precum și scriitorul actului, ascultați conform art. 1066<sup>5</sup> codul civil rus, au declarat că defunctul era sănătos la minte și cu memoria tare (pag. 72, 73). Din toate acestea, unite și cu faptul că nici din cuprinsul testamentului nu se poate deduce nebunia testatorului, întrucât își lasă averea la doi frați, între cari și apelantul, unui nepot de vară și femeii Sofia Roșca, Curtea își face convingerea că defunctul era în stare normală a facultăților mintale, când a făcut testamentul, și deci motivul invocat de apelant e nefondat;

Asupra celui de al doilea motiv susținut de apelant, că defunctul Ion Mândrescu a testat cea mai mare parte din averea sa femeiei Sofia Roșca, imorală, cu care defunctul trăise în concubinaj, deși ea nu era despărțită de soțul ei, în susținerea acestui motiv, bazându-se pe legiurile locale Armenopol și Donici, aplicabile în Basarabia;

Având în vedere dispozițiile cuprinse în Cap. V, titlul VIII 1675 din Hexabiblu lui Armenopol (Ediție Peret), „rudele suitoare și scoborâtoare, adică părinții și copiii, împotriva oricui ar fi, au dreptul să se jăluiască pentru nedreptatea diatei, când cel ce a făcut diata i-a înlăturat dela moștenire, afară numai când el le-a lăsat lor partea legiuită cuvenită, sau ei s'au arătat nemulțumitori față de cel ce a făcut diata, iar rudele de alături, adică frații și urmașii lor, pot să se jăluiască numai atunci când în diată moștenitorii așezați sunt persoane de rînd de necinste, precum: vizitii, măscărici, luptători sau aveau cu el vre-o legătură rușinoasă”; – precum și cap. XXXVI, 13, colecția Donici: „atât fiii cât și părinții pot mișca jalba asupra diatei, pentru că îi *depărtează* din moștenire sau pentru că nu li se lasă legiuita parte din pravilă, arătând îndreptările ce vor avea, iar frații și cei din frați când ei prin diata fratelui fiind *depărtați* din moștenire, acei ce se arată rânduși moștenitori vor fi netrebnici și necinstiți”.

Din cuprinsul dispozițiilor de mai sus, rezultă că această acțiune contra diatei nedrepte nu se poate porni decât în cazul când moștenitorul a fost omis sau îndepărtat dela moștenire, când însă a fost trecut cu o parte mai mare sau mai mică din averea defunctului, nu mai are această acțiune.

În sensul acestei interpretări, vin isvoarele de drept Romano-Bizantin, adică Institutele, Digestile, Constitutiones și Novelele, precum și Basilicalele împăraților Leon Filosoful și Vasile Macedoneanul, după acesta din urma fiind prescurtată colecția lui Armenopol, cunoscută sub numele de cele șase cărți-isvoare de drept, la care trebuie să ne ducem oridecâte ori găsim nelămurite sau contradictorii unele dispoziții din colecțiile lui Armenopol și Donici, care de altfel nu au fost niciodată recunoscute ca legi în Basarabia, ci mai mult de manuale de consultat pentru judecătorii (vezi Erbiceanu, Legiuri locale basarabene (66); Pergament: Aplicarea legilor Armenopol și Donici).

Acțiunea în nulitate, prevăzută de dispozițiile reproduse mai sus din Armenopol și Donici și pe care se bazează apelantul, nu este altceva decât „Querella inofficiosi testamenti” din Dreptul roman.

În ultimele timpuri ale republicei, testamentul care nu ținea cont de rudele apropiate, era considerat ca contrariu datoriei morale inofficiosum și s'a admis ca rudele

apropiate excluse sau omise fără just motiv, să se poată plânge contra testamentului neechitabil, iar Tribunalul Centumviral anulă testamentul, bazându-se pe argumentarea că un om sănătos la minte nu ar fi putut uită pe rudele sale, deci considerau testamentul ca făcut într'un moment de nebunie.

Pe timpul împăratului Constantin nu se admitea Querella decât ascendenților și descendenților, iar fraților numai în cazul când testamentul eră făcut în favoarea unei persoane „turpis”.

Până la Justinian se admitea Querella și de câte ori nu ai primit prin testament quarta legală  $\frac{1}{4}$  din ceea ce ai fi putut moșteni ab-intestat.

Justinian, printr'o lege din 528, a limitat exercițiul querellei la cazul când un legitimar eră exclus dela succesiune, statuând că oridecâte ori o parte oarecare din avere a fost lăsată moștenitorului și sub orice titlu, chiar in afară de testament, nu poate să ceară anularea testamentului, ci complectarea părței care lipsește moștenitorului legitim; această acțiune se numeă complectoria sau supletoria.

Prin Constituția din 537 (Novela 18) și prin cea dela 542 (Novela 115), a adus noi modificări Querellei, numai în ce privește pe ascendenți și descendenți, lăsând în vigoare dispozițiile anterioare în ce privește pe frați și surori.

Chiar însă prin novela 115 se stabilește că numai atunci când rezervatarul a fost omis sau exheredat fără just motiv, aveă querella, dacă însă a fost trecut cu o parte oarecare, are acțiunea în supliment (Maintz, Dr. Roman, vol. III, pag. 377 și următoarele).

Din cele mai sus expuse, rezultă dar că exercițiul Querellei, în ultima evoluție, în dreptul bizantin, a fost fixat pentru frați și surori la următoarele două condițiuni: 1) să fi fost omiși; și 2) să li se fi preferit o persoană turpis, netrebnică, necinstită.

În cazul de față deci, apelantul, ca frate al defunctului, întrucât se vede trecut cu o firtă de pământ în testamentul a cărui anulare o cere, nu poate aveă această acțiune, chiar dacă Sofia Roșca, în folosul căreia s'a testat o mare parte din avere, ar fi o persoană necinstită.

Dar apelantul nu poate cere anularea întregului testament, cu atât mai mult cu cât în testament sunt trecute cu oarecare părți din avere, în afară de Sofia Roșca, încă un alt frate al testatorului și un nepot de frate, care figurează ca pârât în acțiunea de anulare și care susțin menținerea testamentului;

Presupunând în mod ipotetic că frații, chiar trecuți în testament cu o parte din avere, pot intentă acțiunea în anularea testamentului, să examinăm dacă susținerea apelantului bazată pe imoralitatea instituitei testamentare Sofia Roșca, este întemeiată și deci ar putea aveă de efect anularea testamentului, conform textelor reproduse mai sus din Armenopol și Donici;

Având în vedere că textul din Armenopol nu este identic în această privință cu cel din Donici, în primul rând întrebându-se expresiunile „persoane de rând, de necinste, precum vizitii, măscărți, luptători sau cari aveau cu el vre-o legătură rușoasă”, pe când cel de al doilea „netrebnici și necinstiți”, astfel fiind, urmează iarăși să ne ducem la izvoarele de drept Roman-Bizantin;

Că, după cum am văzut în evoluția ei, Querella în dreptul bizantin a fost restrânsă la ascendenți și descendenți, iar în privința fraților s'a pus ca o condiție de exercitare să li

se fi preferat o persoană turpis.

Prin turpitudine sau „infamia facti” se înțelege în dreptul roman spre deosebire de „infamia juris”, infamia rezultând din desconsiderațiunea publică pentru o anumită purtare, persoanele turpe nu pot figura acolo unde se cere un nume nepătat, nu pot funcționa ca tutori, martori, etc. (Gerard 193). Dr. Roman;

Având în vedere că declarațiunile martorilor apelantului, fiind contrazise de acele ale intimaților, în ce privește imoralitatea intimatei Sofia Roșca, Curtea nu-și poate face convingerea că numita eră o femeie desfrânată, care trăia cu mai mulți bărbați, așa după cum a cerut să dovedească apelantul; ceea ce însă se constată în mod neîndoios, este că Sofia Roșca, nedespărțită legalmente de soțul său Vasile Mocanu, cu care a fost căsătorită în anul 1903, a plecat după un an de căsătorie dela domiciliul conjugal din comuna Guginești, județul Orhei și venind în comuna Meleșeni, județul Chișinău, s'a angajat la început servitoare la defunctul Ion Mândrescu, cu care în urmă a trăit necununată, după cum ea singură recunoaște, conducându-i gospodăria și îngrijindu-1 mai ales în ultimii ani ai vieții, când numitul eră paralytic, neputându-se mișcă din pat;

Având în vedere că această greșală a Sofiei Roșca, de a fi trăit necununată cu defunctul Mândrescu, deși nedivorțară de soțul său, e explicabilă în mare parte prin greutatea obținerii divorțului, pentru o femeie săracă cum eră ea, – dacă din punct de vedere moral, constituie astăzi un act reprob de opinia publică și pedepsit de lege numai atunci când soțul ei ar fi cerut-o, ceea ce nu e cazul, – nu poate însă avea de efect de a o clasă în categoria persoanelor netrebnice, necinstite, în înțelesul care se dă în dreptul romano-bizantin persoanelor turpe, și care se referă la o anumită purtare obișnuită sau profesie care atrage disprețul public, cum ar fi măscăricii, prostituatele, etc. și cari, după cum am văzut, erau lovite de o infamie facti generală;

La Romani, concubinajul eră permis; sub influența însă a religiei creștine a fost oprit și astfel se oplică dispozițiunea din art. 1452 Armenopol: „Nimeni să nu cuteze a ține o țitoare”;

Aceste dispozițiuni însă nu sunt sancționate cu pierderea dreptului de a fi lăsată moștenitoare testamentară, sau de a face ca o concubină să fie clasată ca o femeie de rând, de necinste, afară numai dacă ea nu e o desfrânată, o prostituată;

Că, prin urmare, faptul că defunctul Mândrescu a testat o parte din avere femeii Sofia Roșca, cu care trăise 15 ani, și care îl îngrijise ca o bună soție, nu poate fi o cauză de anularea testamentului, el constituie chiar îndeplinirea unei obligațiuni naturale, față de o femeie care și-a sacrificat tinerețea și a îngrijit, cum arată martorii, pe defunctul bolnav, obligațiune care stă în concordanță și cu dispozițiunile din art. 1766, carte 5&2 Armenopol, care admite ca copiii firești și țitoarea să aibă un drept de succesiune chiar în concurență cu copiii legitimi, asemenea și capitolul 36 al. 4 Donici;

Considerând că, în afară de legiurile locale, referindu-ne la principiile generale de drept, doctrina și jurisprudența admit că numai atunci când scopul dispoziției testamentare a fost stabilirea și continuarea relațiilor imorale de concubinaj, când deci partea lăsată concubinei ar fi rezultatul vițiului, s'ar putea anulă testamentul pe baza cauzei imorale.

Tot astfel în cazul când prin concubinaj s'ar fi servit concubinel de captatie și sugestie asupra persoanei testatorului, ceea ce în cazul de față nu s'a dovedit. (Vezi Planiol, vol. III. Nr. 2843; Pandecte rom. C. III. au. I. pag 72); urmează deci că nici din punctul de

vedere al imoralității beneficiarei testamentare Sofia Roșca, acțiunea în anulare a testamentului nu poate avea succes.

Pentru aceste motive, redactate de d-l consilier R. Vălenescu, Curtea respinge apelul.

(ss) *Vasile Popovici, R. Vălenescu, I. Todorovschi.*

p. Grefier (ss) *Dan Ghintescu.*<sup>1</sup>

Curtea de Apel Chișinău (la acea dată, una dintre Curțile de apel ale României Mari) a avut ocazia să se pronunțe asupra într-un dosar în care „toate-s vechi și noi-s toate” în ce privește starea de fapt: *decuius* își testase o parte importantă din avere servitoarei cu care trăise timp de cincisprezece ani și care îl îngrijise în anii săi de slăbiciune fizică. Fratele nemulțumit invocă fără succes lipsa de discernământ, astfel că cere și anularea actului de ultimă voință pe motiv că testatoarea ar intra în categoria persoanelor netrebnice. Invocă în sprijinul pretențiilor sale dispozițiile legale din Manualul lui Andronache Donici și din Hexabibluul lui Harmenopol referitoare la atacarea testamentului care exheredează injust anumiți moștenitori legali.

1. Cadrul legal este prima chestiune asupra căreia trebuie să ne oprim. Unirea Basarabiei cu Regatul României, proclamată în 1918, nu a fost acompaniată de unificarea legislativă imediată. Prin urmare, legiurile locale au rămas în vigoare în acest teritoriu până la extinderea codului civil român, la 1 iunie 1928.

Hexabibluul a fost o sinteză în limba greacă a compilației lui Iustinian și a unor surse romane preiustinieni, realizată în 1345 de judecătorul tesalonician Constantin Harmenopol. A fost ultima receptare directă a unor părți din dreptul clasic roman în lumea juridică bizantină. Lucrarea a cunoscut în sec. XIX trei preluări în spațiul românesc<sup>2</sup>:

- în 1804, politica de codificare modernizatoare a principele Alexandru Moruzi a dus la numirea juristului Toma Carra în fruntea unei comisii care a tradus în limba română Hexabibluul în intenția de a da Moldovei un cod;

- în 1821, dascălul de legi Constantin Chrysokefolos a inițiat un *Neos Harmenopoulos* din care a realizat numai introducerea în neogreacă;

- în 1835, juristul statului Christian Flechtenmacher traduce încă o dată în limba română Hexabibluul.

Niciuna dintre aceste versiuni nu a fost pusă în vigoare, funcționând ca îndrumare folosite de practicieni.

Andronache Donici, demnitar în ceea ce am numi azi ministerul de externe, mai apoi președinte a ceea ce am numi azi tribunalul de drept internațional privat al principatului Moldovei, a fost un erudit care în 1813 a predat domnitorului Scarlat Calimach proiectul său de cod. Intrat în vigoare în 1814, a fost în vigoare oficial până în 1817, când Codul Calimach I-a înlocuit; practicienii au continuat însă să-l folosească în Moldova până la 1831, când a apărut traducerea românească a versiunii inițial numai grecească a Codului Calimach<sup>3</sup>.

Decizia de mai sus a Curții de Apel Chișinău se întemeiază pe dispozițiile din Hexabiblu și din Manualul lui Donici. Supraviețuirea legislativă a acestora a fost posibilă

deoarece politica de rusificare inițiată după ocuparea Basarabiei de Imperiul țarist nu s-a atins de izvoarele de drept locale. Interesant este că practicienii din Basarabia le-au folosit ca atare timp de mai bine de un secol pentru că, în mod paradoxal, această folosire a dobândit deplină legitimitate ca izvor de drept promulgat începând din 1847, după ce – dintr-o eroare a guvernatorului de la Odesa – o anchetă întreprinsă în 1831 de Senatul rus a primit răspuns că cele două ar fi coduri în vigoare<sup>4</sup>. Răspunsul guvernatorului era valabil parțial în ce privește Manualul lui Donici: apărut în 1814, acesta fusese preluat în Basarabia devenită rusească din 1812 și aplicat în baza a două decrete ale țarului (1813 și 1818).

2. Problema discutată pe fond a fost cea a posibilității testării în afara familiei de sânge, corelativ reducerii vocației unor rude de sânge. Studiind pretențiile reclamantului frate al defunctului testator, judecătorii identifică baza legală în cuprinsul Hexabiblului și al Manualului lui Donici. Textele incidente condiționează desființarea testamentului de două condiții: dezmoștenirea fratelui reclamant (adică înlăturarea sa totală de la succesiune) și aflarea legatarii pârâte în categoria persoanelor netrebnice.

Judecătorii verifică sensul corect al textelor legale prin apel la sursa romană clasică, postclasică și apoi romano-bizantină a acestora. Este corectă analiza lor?<sup>5</sup>

Spre sfârșitul perioadei republicane, tribunalul centumvirilor s-a văzut sesizat cu o serie de acțiuni în petiție de ereditate; moștenitorii legali atacau testamentele prin care antecesorul lor dispusese în favoarea unor persoane străine de familie<sup>6</sup>. Vechea solidaritate familială se fisurase grav, iar dispunătorii își exheredau rudele apropiate fără nici un motiv serios. Venind în întâmpinarea acestor acțiuni, instanța le-a primit și a desființat testamentul. S-a considerat că *de cuius* nu a fost în deplinătatea facultăților mintale – de vreme ce a statuat în disprețul îndatoririlor de afecțiune față de familia sa (*officium pietatis*): *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent*<sup>7</sup>. Rezultă că *querela inofficiosi testamenti* are o origine cutumiară, născută din practica unei instanțe care a avut o existență suficient de îndelungată și constantă pentru a crea o jurisprudență<sup>8</sup>. Fiind un proces ce se lega în fața pretorului printr-un *sacramentum*, plângerea nu era accesibilă moștenitorilor pretorienii și nu putea fi îndreptată împotriva instituțiilor provinciale<sup>9</sup>. Cu timpul, aceste impedimente au fost rezolvate, iar *querela* a dobândit un regim de sine stătător, ca acțiune reală și exclusiv personală.

Reclamantul trebuia să fie moștenitor legal apt a culege succesiunea în eventualitatea căderii testamentului. Cercul persoanelor îndreptățite era lăsat inițial la aprecierea judecătorilor, pentru ca din secolul III p.Chr. să fie fixat la descendenți<sup>10</sup>, ascendenți<sup>11</sup>, frați și surori<sup>12</sup>. Pentru colaterali se adăuga condiția de a fi fost dezmoșteniți în favoarea unor persoane socotite ca nevrednice (*turpes*), cum sunt: gladiatorii, cei notați ca infami etc. Pentru ca persoanele susmenționate să poată intenta acțiunea de care ne ocupăm se cerea să nu fi primit partea cuvenită din moștenire, socotită la un sfert din ceea ce ar fi primit ca moștenitor legal (*quarta legitima*)<sup>13</sup>.

În dreptul clasic, admiterea plângerii atrăgea nulitatea integrală a testamentului și deschiderea moștenirii legale<sup>14</sup>. Soluția a fost criticată pentru că desființa indirect și orice altă clauză din cuprinsul testamentului – chiar dacă aceasta nu ar fi avut vreo legătură cu *legitima*. Jurisprudența clasică a încercat să mențină cazuistic restul dispozițiilor testamentare, ceea ce a

duș la o inconstanță generatoare de haos. Inechități au rezultat și din alte ipoteze practice: un dispunător prudent se îngrijea să lase rudelor îndreptățite bunuri ce complineau *quarta legitima*; testamentul era totuși invalidat dacă se constata o augmentare a patrimoniului defunctului, produsă între momentul testării și cel al morții.

Criticile la adresa *querelae inofficiosi testamenti* au început să apară odată cu sec. III p.Chr. În Codul lui Theodosiu al II-lea figurează o constituție imperială din anul 361, conform căreia nu mai putea desființat prin *querela* testamentul în care, deși lăsa celui îndreptățit mai puțin decât partea sa legitimă, prevedea expres că aceasta va putea fi completată după aprecierea unui arbitru neutru<sup>15</sup>. Dreptul roman postclasic a reluat astfel o practică anteiustiniană, conform căreia reclamantul nu va obține decât o complinire a rezervei sale, dacă primise deja o parte din moștenire<sup>16</sup>. Prin urmare, acțiunea în complinirea rezervei devine acum una personală, față de natura reală a plângerii împotriva testamentului nerespectuos. Ultima a mai fost admisă – cu efectele ei distructive de voință *mortis causa* – numai când dispunătorul nu lăsase nimic celui îndreptățit sau când nu instituisese moștenitorul legal în linie directă. Și acest efect a fost atenuat prin Novella CXV: nu mai intervenea nulitatea, ci reclamantul era plasat în locul instituitului, fiind ținut să execute toate prevederile testamentare accesorii.

În sfârșit, sfera de aplicare a *querelae* a fost limitată: Iustinian; urmând o practică începută încă din epoca Dominatului, a hotărât că ori de câte ori rezervatarul primise ceva, indiferent cât, din moștenire, avea la îndemână numai o simplă acțiune personală în completarea rezervei (*actio ad supplendam legitimam*). Cu alte cuvinte, numai rezervatarul care nu primise nimic din succesiune putea intenta o *querela inofficiosi testamenti*. În dreptul novelelor această acțiune nu mai atrăgea după sine căderea întregului testament, ci numai a instituirii de moștenitor, încât rezervatarul era obligat să execute toate dispozițiile testamentare în limitele cotității disponibile.

Vedem deci că judecătorii Curții de apel din Chișinău reținuseră corect faptul că dispozițiile legiuirilor locale în vigoare (Hexabiblul lui Harmenopol și Manualul lui Donici) se explică prin izvoarele lor romano-bizantine. Ca urmare, apelantul frate al defunctului nu putea cere anularea testamentului prin care fusese și el gratificat cu ceva, cu atât mai mult cu cât legatară vizată a fi înlăturată nici nu intra în concret în categoria persoanelor netrebnice (*turpis*).

Judecătorii speței nu erau avertizați doar în dreptul roman, ci și în cel pozitiv. Într-adevăr, societatea și juriștii romani ajunseseră la un moment dat să privească cu faoare concubinajul, soluție față de multitudinea impedimentelor legale la căsătorie. Instanța reține acest aspect, sesizează că religia creștină atrăsese ulterior oprobriul asupra uniunii de fapt, dar calitatea de concubină nu o plasează în poziția de persoană netrebnică – în sensul descris mai sus. Judecătorii încheie prin analiza circumstanțelor concrete raportat la principiile generale și perene ale dreptului: câtă vreme testamentul nu fusese redactat pentru a declanșa sau continua relațiile de concubinaj (cauza imorală) și nici nu s-a dovedit folosirea calității de concubină pentru a vicia consimțământul testatorului, actul de ultimă voință va fi valid.

O decizie temeinic argumentată în memoria celui care era la Cluj-Napoca maestrul argumentației solide și îngrijite.

---

\* Conf.univ.dr., UBB Cluj-Napoca; mirceabob@laaw.ubbcluj.ro.

- <sup>1</sup> Publicată în "Buletinul Curților de Apel" 1925, pp. 131-136.
- <sup>2</sup> V. Vespasian Erbiceanu, *Leguiri locale basarabene. Istorice, text și jurisprudență*, 1921 ; Victor Onișor, *Istoria dreptului român*, vol. I, Cluj, 1925, p. 301-305; Valentin Georgescu, în Ioan Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc*, vol. II/1 (responsabili Dumitru Firoiu, Liviu P. Marcu), Ed. Academiei RSR, București, p. 83, 91 și 381.
- <sup>3</sup> Andrei Rădulescu, *Juristul Andronache Donici*, în *Pagini din istoria dreptului românesc*, Ed. Academiei RSR, București, 1970, p. 312-313.
- <sup>4</sup> V. Dimitrie Alexandresco, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român ....*, vol. I, Iași, 1886, p. XIX cu nota 1; Alexandru Boldur, *Basarabia românească*, București, 1943, p. 110-113. Aceasta a fost și poziția reținută în jurisprudența noastră: e.g., C.Ap. Chișinău I, dec. 167/1922, în „Pandectele Române” 1923.III.60; id., dec. 178/1923, în „Pandectele Române” 1924.III.37.
- <sup>5</sup> Pentru detalii, v. teza noastră *Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*, Lumina lex, București, 2000, p. 89-94; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 102-104; 149-150; Gaetano Scherillo, *Corso di diritto privato romano. Il testamento*<sup>2</sup>, Cisalpino, Bologna, 1999, p. 308-313; Antonio Guarino, *Diritto privato romano*<sup>20</sup>, Editore Jovene, Napoli, 2001, p. 451-453; Franciszek Longchamps de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Wolters Kluwer, Varșovia, 2011, p. 63, 71-74.
- <sup>6</sup> V. exemplele date în Val. Max. VII.7.2 și 8.2; Quintilian, IX.2.9.23; v. și Paul, *Sent.* 5.16.2 = Dig. 48.18.4. Cu titlu excepțional, cererea a fost adresată și pretorului (Quintilianus, III.10.3; Val. Max. VII.7.5) iar mai târziu împăratului (Val. Max. VII.7.3 și 4).
- <sup>7</sup> Marcian, Dig. 5.2.2; v. și Marcellus, Dig. *eod.tit.5*; Quintilian, IX.2.9.
- <sup>8</sup> Asupra tribunalului centumvirilor, v. F. Bozza, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, p. 147. Rezolvarea s-a inspirat în sec. I a.Chr. dintr-o practică a instanțelor grecești (Schulin, *Das griechische Testament, verglichen mit dem römischen*, Basel, 1882, p. 16 ; Gaudemet, *op.cit.*, p. 103) și era o ficțiune (R. Dekkers, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Sirey, paris, 1942, p. 195).
- <sup>9</sup> G. 4.31 și 95; Ulpian, Dig. 5.2.29.4.
- <sup>10</sup> De ambele sexe (Marcel, Dig. 5.2.5). pot intenta acțiunea și descendenții postumi ce fuseseră concepuți la data decesului testatorului (Ulpian, Dig. *eod.tit.6 pr.*).
- <sup>11</sup> Papinian, Dig. *eod.tit.15 pr.*
- <sup>12</sup> Ulpian, Dig. *eod.tit.1 și 24.*
- <sup>13</sup> Marcel, *cit.supra.*; Plinius cel tânăr, *Ep.* V.1.9.
- <sup>14</sup> Ulpian, Dig. *eod.tit.8.16.*
- <sup>15</sup> C.Th. 2.19.4.
- <sup>16</sup> Inst. II.18.3; Ulpian, Dig. *eod.tit.25 pr.*; Cod III.28.30 (a. 528).



## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **LEZIUNEA - ÎNTRE REGLEMENTAREA VECHIULUI ȘI NOULUI COD CIVIL**

**Dan CHIRICĂ\***

**Résumé:** *Sous le régime de l'ancien Code civil roumain de 1864 la lésion était traitée comme motif de rescision du contrat uniquement pour le mineur à capacité d'exercice restreinte qui concluait un acte d'administration sans l'approbation de son représentant légal.*

*Le nouveau Code civil roumain de 2011 range, de manière discutable, la lésion parmi les vices du consentement. L'art. 1221 (1) du NCC régleme la lésion de droit commun, applicable tant aux majeurs qu'aux mineurs. Cette forme de lésion exige la réunion de deux conditions: d'une part, l'existence d'une disproportion considérable entre les prestations des parties [soit „supérieure à la moitié de la valeur qu'avait la prestation promise ou la prestation exécutée par la partie lésée” – art. 1222 (2) du NCC] et d'autre part que le cocontractant du lésé eût été obtenu l'avantage en profitant de l'état de besoin, du manque d'expérience ou du manque de connaissance de l'autre partie. L'alinéat 2 du même article, inspiré par les dispositions de l'art. 4:109 (1) lit. b) des Principes UNIDROIT (2004), régleme une forme spéciale de lésion consistant seulement dans un „avantage excessif”, sans prétendre que la partie avantagée profite de l'état de besoin, du manque d'expérience ou du manque de connaissance de l'autre partie. En fine, l'art. 1221 (3) du NCC, inspiré par les dispositions de l'art. 1406 alin. 2 du C. civ. québécois, régleme la lésion spéciale applicable aux mineurs, qui survient „lorsque le mineur est tenu par une obligation excessive eu égard à son état patrimonial, aux avantages obtenus du contrat ou à l'ensemble des circonstances”.*

*Les remèdes de la lésion sont l'annulation du contrat lésionnaire ou la rééquilibrage du contrat.*

**Cuvinte cheie:** *Vicii de consimțământ. Leziune. Forme. Condiții. Remedii.*

**Mots clés:** *Vices de consentement. Lésion. Formes. Conditons. Remèdes.*

1. În privința leziunii, reglementarea NCC este esențial diferită de cea anterioară acestui act normativ.

Pentru înțelegerea noii reglementări, pe care o vom prezenta în continuare (III), o scurtă trecere în revistă a reglementării anterioare în dreptul nostru o considerăm utilă (I), ca și cea concepțiilor despre leziune, în general (II).

#### **I. LEZIUNEA SUB REGIMUL LEGISLAȚIEI ANTERIOARE NCC**

2. Sub imperiul legislației anterioare NCC, în dreptul nostru, leziunea era considerată în opinia preponderent majoritară ca fiind un viciu de consimțământ<sup>1</sup>, de unii ca o „cauză

distinctă de desființare a contractului, care se bazează pe regula echivalenței prestațiilor<sup>2</sup> și, în fine, de alții ca „o condiție a anulării contractului pentru incapacitate”<sup>3</sup>.

Această din urmă opinie, deși a rămas, surprinzător și nemeritat, oarecum în plan secund, este, după noi, singura corectă în considerarea configurării textelor de lege incidente în materie.

Într-adevăr, în principiu, potrivit dispozițiilor art. 1165 din C. civ. de la 1864, persoanele majore nu puteau exercita niciodată acțiunea în resciziune (anulare) pentru leziune. Numai prin excepție, potrivit dispozițiilor art. 951 din același Cod, „minorul nu poate ataca angajamentul său *pentru cauză de necapacitate* (s. n. – D. C.) decât în caz de leziune”, iar potrivit dispozițiilor art. 25 din Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice persoanele juridice, „*de la data intrării în vigoare a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, aplicarea dispozițiilor legale referitoare la acțiunea în anulare pentru leziune se restrânge la minorii care, având vârsta de paisprezece ani împliniți, încheie singuri, fără încuviințarea părinților sau a tutorelui, acte juridice pentru a căror validitate nu se cere și încuviințarea prealabilă a autorității tutelare, dacă aceste acte le pricinuesc vreo vătămare. Actele juridice, ce se încheie de minorii care nu au împlinit vârsta de paisprezece ani, sunt anulabile pentru incapacitate, chiar dacă nu este leziune*”. Prin urmare, în viziunea Codului civil de la 1864 și a Decretului nr. 32/1954, leziunea era o incapacitate specială, așa cum în mod expres preciza art. 951 din C. civ. de la 1864, ce îl privea doar pe minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă (între 14 – 18 ani), care a încheiat un contract reprezentând un act juridic de administrare fără încuviințarea ocrotitorilor legali (părinți sau tutori), dar numai dacă era din categoria celor care „le pricinuesc o vătămare”, fiind disproporționat, defavorabil pentru el, adică lezionar. În această concepție, leziunea (diferența dintre prestații) nu era altceva decât un mijloc de dovadă (presumpție legală absolută) din care rezulta imaturitatea minorului, și de aici declanșarea mecanismelor legale de apărare în ceea ce îl privește<sup>4</sup>, fiind considerat incapabil și de aceea protejat *post factum* (după încheierea actului), pe când în cazul actelor nelezionare, maturitatea de gândire a minorului considerându-se a fi dovedită, incapacitatea nu mai avea nicio rațiune practică de a subzista, nefiind necesară declanșarea mecanismelor legale de protecție<sup>5</sup>. Așadar, pe scurt, era vorba despre o incapacitate relativă de a contracta cu geometrie variabilă, depinzând de faptul dacă actul încheiat de minor în condițiile mai sus menționate era sau nu lezionar pentru el. Așa fiind, este limpede că anularea contractului nu era atrasă nici de vicierea consimțământului, legislația noastră neinstituind o presumpție legală în acest sens (așa cum, în prezent, o face, de pildă, C. civ. Quebec prin dispozițiile art. 1405 și art. 1406 alin. 1)<sup>6</sup>, nici de disproporția dintre prestații în sine, aceasta nefiind altceva decât o dovadă a incapacității, așa cum în mod expres prevedea art. 951 C. civ. de la 1864, în lipsa leziunii (disproporției dintre prestații) actul în discuție fiind inatacabil pentru lipsa capacității<sup>7</sup>. Art. 1305 din C. civ. francez conține și în prezent o dispoziție în acest sens, statuând că „*simpla leziune dă loc la resciziune în favoarea minorului neemancipat, contra oricărei fel de convenții*”<sup>8</sup>.

3. Ceea ce se mai impune remarcat este faptul că, deși legislația anterioară NCC a refuzat să dea în vreo situație persoanelor majore direct posibilitatea anulării contactelor pe motive de leziune, totuși, în practica judiciară și în doctrina acest lucru a fost admis indirect pe temeiul cauzei imorale în contractele în care dezechilibrul între prestații

(leziunea) a rezultat din faptul că una dintre părți a profitat de neștiința, ignoranța sau starea de constrângere a celeilalte părți, fiind sancționată cu nulitatea absolută<sup>9</sup>.

## II. CONCEPȚIILE DESPRE LEZIUNE, ÎN GENERAL

4. La nivel de principii, leziunea, într-o concepție subiectivă, poate fi privită fie ca *un viciu de consimțământ*, pornindu-se de la ideea că o persoană care încheie un contract dezechilibrat în favoarea unei alte persoane nu o face decât datorită fie unei erori, spontane sau provocate, fie unei temeri insuflete de o anumită constrângere, orice asemenea dezechilibru prezumând vicierea consimțământului, fie, tot într-o concepție subiectivă, dar simetric inversă celei dintâi, numită a „*leziunii calificate*”, independent de vicierea consimțământului, important nu ar fi să se analizeze poziția subiectivă a celui lezat, ci faptul că cealaltă parte profită de o manieră neloială, reprobabilă de dezechilibrul contractual creat în favoarea sa<sup>10</sup>.

5. Un exemplu de legislație care a îmbrățișat concepția leziunii viciu de consimțământ în privința minorilor și a majorilor protejați este acela al C. civ. Quebec, care la art. 1405 prevede că „*afară de cazurile expres prevăzute de lege, leziunea nu viciază consimțământul decât în privința minorilor și a majorilor protejați*”, simplul fapt al existenței unei „disproporții importante între prestațiile părților” prezumând exploatarea unei părți de către cealaltă (art. 1406 alin. 1 C. civ. Quebec)<sup>11</sup>, cu alte cuvinte, că cea dintâi a consimțit la încheierea contractului având consimțământul viciat.

6. În ceea ce privește concepția „leziunii calificate”, aceasta s-a impus în dreptul german (art. 138 BGB), în dreptul elvețian (art. 21 C. elv. al oblig.), dreptul italian (art. 1447 și 1448), în Principiile dreptului european al contractelor (art. 4:109) și în Principiile UNIDROIT (3.10) (2004).

7. Cât privește concepția așa-zis „obiectivă”, concepție potrivit căreia pentru existența leziunii și aplicarea sancțiunilor specifice ar fi suficientă doar existența unui dezechilibru evident între prestațiile părților la momentul încheierii contractului<sup>12</sup>, aceasta trebuie înțeleasă având în vedere contextul legislativ în care s-a născut. Într-adevăr, în cazul persoanelor majore, în doctrina franceză s-a vorbit de „caracterul obiectiv” al leziunii, însă doar în strânsă legătură cu reglementările din C. civ. francez, respectiv, art. 889, art. 1118, art. 1305 și art.1674<sup>13</sup>. Mai exact, art. 1118 din C. civ. francez este un text de principiu din care rezultă că, de regulă, leziunea „*nu viciază convențiile*”, dar că, prin excepție, acest lucru este posibil în cazul anumitor persoane sau al unor anumite acte juridice, toate fiind cazuri expres prevăzute de lege. Afară de minori, la care se referă art. 1305 C. civ. francez, astfel de texte de excepție sunt cele ale art. 1674 în materie de vânzare (se referă la cazul imobilelor sau al căror preț de vânzare se dovedește mai mic de 7/12 din valoarea sa venală, situație în care vânzătorul poate cere resciziunea vânzării), art. 889 care se referă la partajul prin care un coindivizar suferă o leziune ce trece peste o pătrime din valoarea reală a bunurilor, caz în care cel lezat are dreptul de a obține augmentarea părții sale fie în natură, fie prin echivalent bănesc. În acest sistem legislativ, în care leziunea este admisă doar excepțional, limitat doar la cazurile anume prevăzute de lege, care au în vedere doar anumite persoane (minorii) sau doar anumite acte juridice (vânzarea de imobile și partajul), niciunul dintre textele derogatorii neimpunând o

altă cerință pentru a putea fi reținută leziunea, s-a putut reține cu temei că simpla dovedire a disproporției dintre prestații este suficientă pentru a putea fi reținută leziunea. Pentru orice altă situație decât cele prevăzute în mod expres, leziunii i s-au dat de jurisprudență efecte pe temeiul principiilor justiției comutative prin intermediul tehnic fie al cauzei imorale, fie al lipsei parțiale de cauză<sup>14</sup>, fie al principiului buneii-credințe<sup>15</sup>, așadar pe cu totul alte temeiuri decât cel pur obiectiv.

O promovare a concepției obiective în stare pură, fără nicio restricție, ca principiu de anulare a oricărui contract comutativ oneros în care ar exista un presupus dezechilibru între prestații, ar duce la consecințe cu totul inacceptabile, fiind ușor de imaginat ce s-ar întâmpla dacă oricine ar putea după încheierea unui contract să reclame, pe temeiuri pur subiective, existența unor „diferențe de valoare între prestații”: s-ar arunca în aer pur și simplu un alt principiu de drept, acela al stabilității raporturilor juridice, iar rolul de previziune al contractului ar deveni o vorbă goală, lăsând de o parte faptul că, la urma urmei, stabilirea unui echilibru matematic între prestații este doar o iluzie, căci chiar și în cazul prestațiilor pentru care ar exista prețuri curente, respectarea acestora nu ar însemna întotdeauna că ar fi și echitabile (exemplu: prețurile dopate ale imobilelor înaintea crizei financiare din anul 2008), sau, invers, putând exista cazuri în care prețul să fie echitabil, deși nu este cel curent (exemplu: cazul unui bun plătit scump pentru că este foarte dorit de cumpărător)<sup>16</sup>. Este motivul pentru care niciun sistem legislativ nu acceptă leziunea ca și cauză generală de anulare sau adaptare a contractului, ci doar circumstanțiat, cu privire la anumite persoane, cu privire la anumite contracte sau în condiții restrictive (cum ar fi aceea a unei diferențe considerabile între valoarea prestațiilor părților contractante).

8. Pe deplin întemeiat, s-a remarcat că „ar părea mai înțelept a ne resemna a nu acorda leziunii o natură juridică unică și a nu o concepe ca o noțiune unică. În mod manifest, esențialmente, interesul leziunii rămâne în fluiditatea sa conceptuală. Este vorba despre o noțiune cu conținut variabil care se singularizează prin diversitatea fundamentelor și regimurilor juridice... În fond, cantonarea leziunii într-o viziune unică ar conduce inevitabil la zugrăvirea unui tablou reducionista și nereal al instituției”<sup>17</sup>.

În Anteproiectul de reformă a dreptului obligațiilor și a dreptului prescripției din Franța leziunea nu este reglementată ca fiind un viciu de consimțământ, ci ca o chestiune care ține de obiectul contractului (lipsa echivalenței prestațiilor la momentul încheierii lui), dar numai pentru cazuri limitativ prevăzute de lege (art. 1122-1), cum ar fi acelea în care legea protejează pe reclamant „printr-o dispoziție anume, mai cu seamă în calitatea sa de consumator sau când ea (clauza lezionară – n. n., D. C.) nu a fost negociată” (art. 1122-2).

## II. REGLEMENTAREA LEZIUNII ÎN NCC

### A. Scurte considerații generale despre leziunea reglementată ca viciu de consimțământ în NCC

9. NCC reglementează leziunea la art. 1221-1224, incluzând-o în mod expres în categoria viciilor de consimțământ [art. 1206 (2)]<sup>18</sup>, lucru care, având în vedere conținutul eclectic al reglementării, rezultat al preluării reglementărilor din cel puțin patru sisteme de drept

diferite în privința leziunii (BGB și C. federal elvețian al obligațiilor; C. civ. it.; C. civ. Quebec; Principiile UNIDROIT), este criticabil.

Într-adevăr, inspirându-se direct din dispozițiile C. civ. Quebec, care, într-adevăr, include leziunea în categoria viciilor de consimțământ, legiuitorul român nu a observat că, în conformitate cu dispozițiile art. 1405 din același Cod (nereproduse de NCC), în acest sistem de drept, ca regulă, leziunea nu viciază consimțământul decât în cazul minorilor și majorilor protejați (incapabili), nu și al majorilor capabili<sup>19</sup>, adică doar a unor persoane al căror discernământ lipsește sau este diminuat, motiv pentru care sunt protejate de lege împotriva propriilor lor acte, prezumându-se vicierea consimțământului lor în cazul încheierii unor contracte prin care și-au asumat obligații disproportionale față de cele ale cocontractantului lor, ceea ce nu este cazul în dreptul român. Mai exact, s-au „metisat” prevederi dintr-un sistem de drept (cel al provinciei canadiene Quebec), în care leziunea, pentru motivele mai sus arătate, este un viciu de consimțământ, cu normele din alte sisteme de drept (italian, elvețian, german), în care leziunea nu este un viciu de consimțământ, ci o cauză generală de nevalabilitate a contractelor, aplicabilă și majorilor, în situația în care o parte profită de o manieră neloială de situația celeilalte părți contractante.

10. Conform dispozițiilor art. 1221 NCC, „(1) Există leziune atunci când una dintre părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații. (2) Existența leziunii se apreciază și în funcție de natura și scopul contractului. (3) Leziunea poate exista și atunci când minorul își asumă o obligație excesivă prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține din contract ori la ansamblul circumstanțelor”.

11. Se observă că, spre deosebire de reglementarea anterioară (art. 951 din C. civ. de la 1864 și art. 25 din Decretul nr. 32/1954), potrivit căreia acțiunea în resciziune (anulare) a contractelor pentru leziune nu era la dispoziția majorilor, ci doar a minorilor care având împlinită vârsta de 14 ani încheiau singuri, fără încuviințarea părinților sau tutorilor, acte pentru a căror validitate nu se cerea și încuviințarea prealabilă a autorității tutelare<sup>20</sup>, adică acte de administrare<sup>21</sup>, prin dispozițiile art. 1221 NCC aplicabilitatea leziunii a fost extinsă, atât prin faptul că se referă și la majori, cât și prin lărgirea incidenței sale în privința actelor încheiate de minori.

## **B. Sfera actelor juridice care pot fi lezionate**

12. În ceea ce privește contractele cărora li se aplică dispozițiile din NCC referitoare la leziune, legea nu prevede care anume sunt acestea, precizând doar că nu sunt susceptibile de remediere pe temeiuri de leziune „contractele aleatorii, tranzacția și alte contracte anume prevăzute de lege (după cunoștința noastră, în prezent, nu există alte contracte în privința cărora legea să prevadă anume că nu sunt susceptibile de leziune – n. n., D. C.” (art. 1224 NCC).

În privința contractelor aleatorii excluderea se explică prin faptul că de esența acestor contracte este nu echilibrul realizat pe prestațiile părților, așa cum se întâmplă în cazul contractelor comutative, ci acela realizat pe șansele de câștig sau de pierdere, astfel încât, în funcție de realizarea (nerealizarea) elementului aleatoriu, eventualul dezechilibrul dintre

prestațiile părților, indiferent de întinderea acestuia, este unul perfect justificat din punct de vedere juridic [art. 1173 (2) NCC].

La rândul său, tranzacția nu intră sub incidența dispozițiilor legale referitoare la leziune deoarece, fiind „*contractul prin care părțile previn sau sting un litigiu, inclusiv în faza executării silite, prin concesiuni sau renunțări reciproce la drepturi orin prin transferul unor drepturi de la una la cealaltă*” (s. n. – D. C.)” [art. 2267 (1) NCC], rezultă că nu este un contract comutativ, nepresupunând în mod neapărat un echilibru între prestațiile părților<sup>22</sup>.

13. Firește că, chiar dacă legea nu o prevede expres, aplicarea dispozițiilor legale referitoare la leziune este exclusă în cazul contractelor cu titlu gratuit (donațiilor și al actelor dezinteresate), de a căror esență este procurarea de către o parte a unui beneficiu celeilalte părți „*fără a obține în schimb vreun avantaj*” [art. 1172 (2) NCC].

14. În doctrina noastră se susține că leziunea ar fi posibilă doar în cazul contractelor oneroase și comutative bilaterale, nu și a celor unilaterale<sup>23</sup> (care și ele pot fi oneroase și comutative), așa cum ar fi cazul unui împrumut cu dobândă. Susținerea nu poate fi primită, nu numai pentru faptul că nu există un text care să prevadă expres acest lucru, ci și pentru că, în realitate, leziunea este posibilă și în cazul unor asemenea contracte. Într-adevăr, în cazul unui împrumut cu dobândă<sup>24</sup>, dobânda stipulată în contract poate fi lezionară pentru împrumutat, adică disproporționată în raport cu valoarea serviciului făcut de împrumutător (punerea la dispoziția împrumutatului pentru un anumit termen a fondurilor împrumutate)<sup>25</sup>. Este adevărat că, în cazul raporturilor juridice care nu decurg din exploatarea unei întreprinderi în sensul dispozițiilor art. 3 (3) din NCC, rata dobânzii stabilite de părți nu poate depăși cu mai mult de 50% pe an dobânda legală, orice clauză contrară fiind nulă de drept, iar împrumutătorul pierzând dreptul la orice dobândă (inclusive la cea legală) [art. 5 (1) și (2) din OG nr. 13/2011], sancțiunile prevăzute de NCC în materie de leziune fiind în acest caz lipsite de orice suport legal, nulitatea absolută primând asupra nulității relative și a adaptării contractului. Dacă însă raporturile juridice de împrumut dintre părți decurg din exploatarea unei întreprinderi în sensul dispozițiilor art. 3 (3) NCC (este vorba de raporturile juridice dintre profesioniști), legea ne mai fixând nivelul maxim al dobânzii (cu sancțiunile aferente), este posibil ca dobânda fixată de părți prin contract să fie una lezionară, caz în care nu există niciun motiv pentru care dispozițiile legale din NCC referitoare la leziune să nu devină incidente.

### C. Leziunea de drept comun reglementată la art. 1221 (1) NCC

15. Potrivit dispozițiilor art. 1221 (1) NCC, „*există leziune atunci când una dintre părți, profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți, stipulează în favoarea sa ori a unei alte persoane o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații*”.

#### a) Sfera persoanelor care pot fi lezate

16. O primă observație care se impune este aceea că, dată fiind generalitatea

formulării textului de lege, rezultă că leziunea reglementată la art. 1221 (1) NCC este una de drept comun, aplicabilă, în principiu, tuturor persoanelor, nefiind circumscrisă la o anumită categorie de persoane (majori, minori, interziși judecătorești etc.).

17. Cu toate acestea, în doctrina noastră se susține însă că leziunea reglementată la art. 1221 (1) NCC îi privește numai pe majori, nu și pe minori, întrucât leziunea care i-ar privi pe aceștia ar fi doar cea reglementată la art. 1221 (3) NCC<sup>26</sup>.

În ceea ce ne privește, nu împărtășim acest punct de vedere, unele nuanțări și precizări fiind necesare.

Într-adevăr, mai întâi, așa cum am văzut mai sus (*supra* nr. 16), art. 1221 (1) NCC are o formulare generală, care nu permite excluderea aplicării lui și în cazul minorilor.

În al doilea rând, există minori care dobândesc capacitate de exercițiu deplină înaintea împlinirii vârstei majoratului, fie prin căsătorie (art. 39 NCC), fie, după 16 ani, prin dobândirea capacității depline anticipate de exercițiu în condițiile prevăzute la art. 40 NCC. Așa fiind, nu există niciun temei legal ca acestor categorii de minori să li se refuze dreptul de a invoca dispozițiile art. 1221 (1) NCC referitoare la leziune, în schimb, ei nefiind în drept, în cazul analizat, să invoce leziunea aplicabilă minorilor reglementată la art. 1221 (3) NCC<sup>27</sup>.

În al treilea rând, dreptul de a invoca leziunea de drept comun nu poate fi refuzat nici chiar minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă, în anumite condiții. Într-adevăr, art. 42 NCC, după ce stipulează la alin. 1 că „*minorul poate să încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive ori referitoare la profesia sa, cu încuviințarea părinților sau a tutorelui, precum și cu respectarea dispozițiilor legii speciale, dacă este cazul*”, vine și precizează la alin. 2 al aceluiași text de lege că minorul „*poate dispune singur de veniturile dobândite*” în urma încheierii unor asemenea acte. Cu alte cuvinte, de veniturile dobândite în condițiile mai sus menționate minorul poate dispune singur prin acte juridice, inclusiv de dispoziție, fără încuviințarea ocrotitorului legal sau a tutorelui, ceea ce înseamnă că, în situația examinată, pentru acele acte, are capacitate deplină de exercițiu. Or, asemenea acte încheiate de minor intră sub incidența dispozițiilor art. 1221 (1) NCC referitoare la leziunea de drept comun, nu ale leziunii reglementate la art. 1221 (3) NCC care se referă la actele încheiate de minorii lipsiți de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă (*infra* nr. 29 și următ.).

În al patrulea rând, minorii lipsiți de capacitate de exercițiu sau având capacitate de exercițiu restrânsă, prin excepție de la regulile de drept comun cărora sunt supuși în privința actelor juridice pe care le încheie<sup>28</sup>, pe lângă actele „*de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor*”, pot încheia singuri și „*acte de conservare*” [art. 41 (3) și art. 43 (3) NCC]. Dacă în privința actelor de dispoziție de mică valoare, tocmai datorită insignifianței lor, dispozițiile legale referitoare la leziune nu au nicio incidență, în privința actelor de conservare, contrar părerii curente<sup>29</sup>, în opinia noastră, leziunea poate avea incidență. Fără a intra aici în detalii cu privire la actele de conservare, care sunt foarte numeroase și foarte diverse<sup>30</sup>, remarcăm doar că, în unele situații, actele de conservare pot fi lezionare. Într-adevăr, deși prin natura lor asemenea acte au ca finalitate salvagardarea unor drepturi cu conținut patrimonial, vizând împiedicarea dispariției unor elemente, atribute, calități sau caracteristici materiale sau juridice ale unor valori economice (bunuri sau patrimoniul), totuși îndeplinirea lor

nu este lipsită întotdeauna, pe de o parte, de necesitatea angajării pentru înfăptuirea lor a unor cheltuieli care pot fi însemnate (cum ar fi, de exemplu, plata unei datorii pentru evitarea urmării unui bun), iar pe de altă parte de asumare a unor riscuri determinate de cauze preexistente de pierdere sau dispariție a dreptului sau bunului ce se dorește a fi conservat, în pofida intervenției pentru conservarea lui<sup>31</sup>. Ca să dăm un exemplu, ne gândim la actul de angajare de către minor a unui notar pentru inventarierea unui patrimoniu succesoral și sigilarea sau/și depozitarea bunurilor făcând parte din acel patrimoniu, în situația în care, dată fiind necunoașterea conținutului patrimoniului succesoral și, deci, implicit, a valorii active a acestuia, onorariul perceput de notar se poate dovedi a fi lezionar. Într-o asemenea situație, în actuala configurare (criticabilă) a textelor de lege, actul încheiat de minor este valabil încheiat, nefiind susceptibil de anulare pentru lipsa capacității de exercițiu<sup>32</sup>, dar s-ar putea pune problema anulării lui pentru leziune în condițiile prevăzute la art. 1221 (1) NCC.

#### **b) Condițiile leziunii de drept comun**

18. Conform dispozițiilor art. 1221 (1) NCC, pentru ca un act să fie lezionar se cere, pe de o parte, ca, la data încheierii contractului, să existe o disproporție valorică considerabilă între prestațiile părților (1°), iar pe de altă parte ca partea avantajată să fi obținut acest lucru profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți contractante (2°).

#### **1°. Existența unei disproporții valorice considerabile între prestațiile părților**

19. Conform dispozițiilor art. 1221 (1) NCC, leziunea se caracterizează mai întâi prin faptul că într-un contract există stipulată în favoarea uneia dintre părți „o prestație de o valoare considerabil mai mare, la data încheierii contractului, decât valoarea propriei prestații”.

Cu alte cuvinte, primul element care caracterizează leziunea este o diferență valorică considerabilă între prestațiile părților la data încheierii contractului, o parte fiind net favorizată în dauna celeilalte. De exemplu, într-un contract de vânzare este stipulat un preț mult mai mic ori, invers, mult mai mare decât valoarea reală a bunului vândut, în prima situație cel favorizat fiind cumpărătorul, iar în cea de a doua – vânzătorul.

20. Urmând modelul art. 1448 alin. 2 C. civ. it., NCC vine la art. 1222 (2) cu precizarea că, cel puțin în cazul în care se cere anularea contractului, afară de cazul de leziune specific minorilor, prevăzut la art. 1221 (3) NCC, disproporția dintre prestații trebuie să fie egală cu cel puțin „jumătate din valoarea pe care o avea, la momentul încheierii contractului, prestația promisă sau executată de partea lezată”, acesta fiind, așadar, etalonul diferenței considerabile dintre prestații la care face referire art. 1221 (1) NCC.

Din impunerea cerinței unei disproporții atât de mari între prestații pentru a se putea reține leziunea, transpare grija legiuitorului pentru siguranța circuitului juridic civil, care nu este sacrificată decât în mod excepțional, când echilibrul contractual este atât de grav afectat încât principiul siguranței circuitului civil trece în plan secund, în numele unui alt principiu, acela al justiției contractuale, impunându-se fie anularea contractului, fie reechilibrarea acestuia.

În fine, ceea ce mai trebuie subliniat, și acest lucru rezultă explicit din dispozițiile



art. 1221 (1) NCC, este că diferența valorică dintre prestațiile părților trebuie să subziste încă de la data încheierii contractului, iar nu să survină ulterior din cauze independente de voința lor, situație în care ar fi vorba despre impreviziune (art. 1271 NCC), nu despre leziune.

21. O problemă care se pune este aceea a delimitării leziunii de preț derizoriu, aceasta fiind nu numai o chestiune de ordin pur teoretic, ci și practic, de vreme ce regimurile lor juridice și termenele de prescripție ale aplicării remediilor specifice diferă, fiind de 1 an în cazul leziunii [art. 1223 (1) NCC] și de 3 ani (termenul de drept comun) în cazul anulării vânzării pentru preț derizoriu.

În esență, teoretic, leziunea presupune un preț insuficient, care nu acoperă valoarea reală a bunului, insuficiență care însă, nu este atât de gravă încât să pună în discuție însăși existența vânzării [art. 1665 (2) NCC], în vreme ce prețul derizoriu este atât de disproporționat în raport cu prestația vânzătorului „*încât este evident că părțile nu au dorit să consimtă la o vânzare*” [art. 1665 (2) NCC]. În practică însă granița dintre cele două instituții nu este ușor de trasat, urmând a fi stabilită de instanțele de judecată, de la caz la caz<sup>33</sup>.

### **2°. Partea ieșită în avantaj să fi obținut acest lucru profitând de starea de nevoie, de lipsa de experiență ori de lipsa de cunoștințe a celeilalte părți**

22. Întrunirea elementului obiectiv (existența unei diferențe considerabile, a unui dezechilibru între valoarea prestațiilor părților la data încheierii contractului) nu este singur suficient pentru a putea fi reținută existența leziunii. Pentru aceasta, așa cum rezultă din prevederile art. 1221 (1) NCC, se mai cere ca partea în favoarea căreia subzistă dezechilibrul să fi ajuns să profite de aceasta datorită stării de nevoie, lipsei de experiență ori de cunoștințe a celeilalte părți la data încheierii contractului.

Cu alte cuvinte, dezechilibrul dintre prestații trebuie să rezulte dintr-o situație în care una dintre părți este într-o poziție mai favorabilă decât cealaltă, cea dintâi exploatând-o, profitând de aceasta de o manieră reprobabilă, contrară principiului buneii-credințe.

23. Recunoaștem cu ușurință în reglementarea aici analizată elementele specifice concepției „leziunii calificate” (*supra* nr. 4).

Ceea ce califică elementul obiectiv al existenței unui dezechilibru valoric între prestațiile părților contractante ca fiind leziune este cerința ca, pe de o parte, unul dintre contractanți (cel în defavoarea căruia este dezechilibrat contractul) să fi contractat într-o stare de nevoie, să fie lipsit de experiență ori lipsit de cunoștințe în privința domeniului care are legătură cu contractul, iar pe de altă parte ca celălalt contractant, neconstrâns de nimic, experimentat și cunoscător al domeniului care are legătură cu contractul, în cunoștință de cauză, cu intenție, să profite de situație, obținând condiții contractuale disproporționat favorabile lui.

După unii autori, starea de nevoie, lipsa de experiență sau de cunoștințe a părții lezate ar fi echivalente cu vicierea consimțământului acesteia<sup>34</sup>, iar după alții, mai prudenți, ar fi echivalente doar unei „slăbiciuni de voință” a celui lezat, fără a merge până la a spune că ar fi un viciu de consimțământ în adevăratul sens al noțiunii<sup>35</sup>.

În concepția leziunii calificate însă, este evident că poziția subiectivă a părții în privința căreia contractul este lezionar nu are un rolul decisiv, cauzal la încheierea contractului în

condiții de leziune, așa cum se întâmplă în cazul viciilor clasice de consimământ (eroare esențială, dol, violență). Partea lezată, fără a se cere să aibă consimământul viciat, se află într-o situație de inferioritate față de cealaltă parte fie din cauza unei nevoi subiectiv presante, fără însă a merge până la a contracta în starea de constrângere specifică violenței (când victima nu găsește altă cale de a rezista presiunii celeilalte părți sau stării de necesitate decât încheind contractul, care poate fi în acest caz și nelezionar, afectată fiind doar libertatea sa de a contracta sau nu), fie din cauza lipsei de experiență sau a lipsei de cunoștințe, ceea ce revine la a spune că se află în eroare cu privire la valoarea reală a prestațiilor, care însă nu se înscrie în niciunul din cazurile de viciere a consimământului pentru eroare esențială la care face referire expresă art. 1207 (2) NCC, nefiind nici o eroare asupra „naturii sau obiectului contractului” (pct. 1), nici asupra „identității obiectului prestației sau asupra unei calități a acesteia ori asupra unei alte împrejurări considerate esențiale de către părți în absența căreia contractul nu s-ar fi încheiat” (pct. 2), nici asupra „identității persoanei sau asupra unei calități a acesteia în lipsa căreia contractul nu s-ar fi încheiat” (pct. 3).

„Starea de nevoie” la care face referire textul de lege analizat nu se confundă cu „starea de necesitate” despre care vorbește art. 1218 NCC<sup>36</sup>, care este un caz aparte de viciere a consimământului pentru violență, cum ar fi, de pildă, situația în care, cu ocazia unui naufragiu maritim sau eveniment aviatic, salvatorul obține de la cei implicați în evenimentele respective condiții exorbitante de preț pentru a-i salva din situația critică în care se află.

Starea de nevoie poate fi una determinată de motive economice, cum ar fi aceea a unei lipse momentane acute de lichidități bănești, sau una determinată de motive morale<sup>37</sup>.

Prin urmare, în cazul examinat, din punctul de vedere al celui lezat, nu este vorba nici de un consimământ viciat și nici de o „slăbiciune de voință”, ci de o situație în care o parte contractantă este pur și simplu într-o situație de dependență ori de inferioritate față de cealaltă parte contractantă.

Ceea ce este însă decisiv este faptul că cealaltă parte contractantă, în cunoștință de cauză, cu intenție profită de situație obținând un avantaj excesiv, disproporționat, nejustificat, prestația sa fiind valoric mai mică de jumătate din valoarea prestației cocontractantului său, în condițiile în care, în principiu, cele două prestații trebuiau să fie valoric echilibrate. Elocvente în acest sens sunt și dispozițiile art. 4:109 din Principiile dreptului european al contractelor și cele ale art. 3.10 din Principiile UNIDROIT (2004), care se referă la leziune și din care s-a inspirat legiuitorul nostru, în care se vorbește despre „profitul excesiv și avatajul neloyal” obținut de cocontractantul celui lezat, ceea ce scoate în evidență importanța decisivă a poziției subiective a acestei părți contractante<sup>38</sup>.

24. Din formularea art. 1.221 (1) din NCC, pare să rezulte că leziunea ar putea fi reținută doar atunci când cel care profită de dezechilibrul contractual este cel care „stipulează” (s. n. – D. C.) în favoarea sa ori a unei alte persoane” clauza lezionară, inițiând-o și determinând includerea ei în contract.

O asemenea concluzie însă nu poate fi acceptată, căci, așa cum au reținut practica judiciară și doctrina în sistemele de drept care includ reglementări similare referitoare la leziune, cum este cazul dreptului elvețian sau a dreptului italian, exploatarea stării celeilalte părți nu presupune ca inițiativa încheierii contractului să aparțină celui care profită cu rea-

credință, putând foarte bine să provină chiar de la cel în privința căruia contractul este lezionar<sup>39</sup>, așa cum se întâmplă, de pildă, atunci când o persoană neavizată inițiază vânzarea unei opere de artă autentice și valoroase pe care o deține pe un preț mult inferior valorii sale reale, cumpărătorul nefăcând altceva decât să consimtă la această propunere, în cunoștință de cauză asupra valorii de piață a bunului vândut.

#### **D. Dispozițiile art. 1221 (2) NCC – un caz special de leziune ?**

25. Potrivit dispozițiilor art. 1221 (2) din NCC, „*existența leziunii se apreciază și în funcție de natura și scopul contractului*”.

Această dispoziție este inspirată de Principiile dreptului european al contractelor [art. 4: 109 (1) lit. b] și de Principiile UNIDROIT [art. 3.10 (1) lit. b)] (2004).

Toți comentatorii NCC leagă dispoziția analizată de cele ale alineatului (1) al aceluiași articol.

26. Conform textului de lege analizat însă, dacă se ține seama de sursele de inspirație, spre deosebire de situația de leziune reglementată la art. 1221 (1) NCC, există și situații în care leziunea subzistă, avantajul obținut de o parte contractantă fiind nejustificat, excesiv, chiar dacă o parte nu profită de starea de nevoie, lipsa de experiență ori de cunoștințe a celeilalte părți contractante, depinzând numai de natura și scopul contractului. În asemenea cazuri, nu mai este vorba despre un profit obținut în mod neloial (urmărit cu rea-credință) de o parte contractantă în dauna celeilalte, ci de un profit care se dovedește disproporționat, excesiv în favoarea unei părți contractante, care știe sau ar trebui să știe despre existența lui, dar care nu îl obține profitând de starea de nevoie, lipsa de experiență ori de cunoștințe a celeilalte părți contractante<sup>40</sup>.

Bunăoară, poate fi vorba: de o clauză contractuală care prevede o perioadă foarte scurtă pentru notificarea defectelor bunurilor sau serviciilor furnizate poate fi excesiv de avantajoasă pentru vânzător sau furnizor, în funcție de natura bunurilor sau serviciilor; de comisionul unui mandatar exprimat într-o cotă procentuală fixă din prețul bunurilor sau serviciilor furnizate poate fi și justificată, dacă contribuția mandatarului la încheierea contractului este substanțială sau valoarea bunurilor sau serviciilor este relativ mică, dar și nejustificată, excesivă dacă contribuția mandatarului a fost minoră sau dacă valoarea bunurile (serviciilor) este foarte ridicată în raport cu serviciile sale<sup>41</sup>.

Practica judiciară și doctrina franceze, chiar în lipsa unui text de lege care să recunoască, în general, leziunii efecte între majori, au recunoscut de multă vreme dreptul instanțelor de judecată de a reechilibra onorariile liber profesioniștilor (avocați, notari, medici arhitecți, contabili, consultanți etc.) sau antreprenorilor în situația în care acestea sunt excesive în raport cu munca prestată de ei<sup>42</sup>. Nici doctrina noastră nu s-a arătat ostilă unor asemenea soluții<sup>43</sup>. Un argument în favoarea unei asemenea soluții este faptul că în cazul contractelor de mandat și de antrepriză nu se poate ști cu certitudine la data încheierii contractului, când, de regulă, se stabilesc onorariile mandatarilor și prețul convenit antreprenorilor – în acest din urmă caz, mai ales atunci când prestațiile sunt de natură intelectuală - dacă raportul dintre valoarea prestației, greu de anticipat în acest stadiu, și valoarea onorariului sau prețului antreprizei este

unul corect sau nu. În fine, dar nu și în ultimul rând, există în NCC texte care reglementează în mod expres posibilitatea reducerii de către instanța de judecată a cuantumului unor prestații asumate contractual. Astfel, conform dispozițiilor art. 1541 (1) lit. b) NCC, instanța de judecată, în mod excepțional, poate reduce clauza penală atunci când aceasta este „*vădit excesivă față de prejudicial ce putea fi prevăzut de părți la încheierea contractului*”. De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 1757 (2) NCC, care se referă la rezoluțiunea contractului de vânzare cu rezerva dreptului de proprietate pentru neplata prețului, în situația în care în contract s-a stipulate pentru o asemenea ipoteză că vânzătorul este în drept să rețină în tot sa în parte sumele încasate până la data rezoluțiunii, instanța de judecată „*va putea totuși reduce eaceste sume, aplicându-se în mod corespunzător dispozițiile referitoare la reducerea de către instanță a cuantumului clauzei penale*”.

Așa fiind, avem suficiente temeiuri să acceptăm că art. 1221 (2) NCC instituie un caz aparte de leziune, nefiind doar un simplu text completator al art. 1221 (1) NCC.

### **E. Leziunea specială în cazul minorilor**

27. Urmând modelul Codului civil Quebec (art. 1406 alin. 2), NCC prevede la art.1121 (3) că „leziunea poate exista și atunci când minorul își asumă o obligație excesivă prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține din contract ori la ansamblul circumstanțelor”.

Problema care trebuie lămurită mai întâi în legătură cu acest text de lege este aceea a sferei persoanelor minore și a actelor cărora li se aplică (a), iar apoi problema condițiilor care se cer a fi întrunite pentru a putea fi reținută leziunea (b).

#### **a) Sfera persoanelor minore și a actelor cărora li se aplică dispozițiile leziunii speciale**

28. În doctrină, s-a susținut de unii autori că textul de lege analizat s-ar aplica doar actelor de administrare ale minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă (cu vârsta cuprinsă între 14–18 ani) încheiate fără încuviințarea părinților sau a tutorelui<sup>44</sup>, alții adăugând la acestea și actele de dispoziție încheiate de minor în condițiile prevăzute la art. 42 (2) NCC, la care am făcut referie mai sus (*supra* nr. 13)<sup>45</sup>, leziunea putând așadar rezulta și din actele de dispoziție pe care, în mod excepțional, le poate încheia minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă<sup>46</sup>.

Problema este însă ceva mai complexă, o analiză mai atentă a textelor legale incidente impunându-se cu necesitate.

29. Plecând de la faptul că art. 1221 (3) NCC se referă la o leziune privindu-l pe „*minorul care își asumă o obligație excesivă...*”, fără nicio altă precizare, s-ar putea susține că reglementarea legală în discuție s-ar aplica tuturor minorilor, indiferent dacă au sau nu capacitatea de exercițiu și indiferent de natura actelor pe care le încheie (de conservare, de administrare sau de dispoziție). Teza nu poate fi primită *tel-quel*, rezolvarea problemei fiind susceptibilă de anumite nuanțări, după cum urmează:

#### **1°. În cazul minorilor lipsiți de capacitate de exercițiu**

30. În cazul minorilor lipsiți de capacitate de exercițiu (sub 14 ani), deoarece, în

principiu, afară de actele de conservare și de actele de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la momentul încheierii lor, toate actelor încheiate de aceștia personal, iar nu prin reprezentanții lor legali așa cum o cere art. 43 (2) NCC, sunt anulabile „*chiar fără dovedirea unui prejudiciu*” [art. 44 (1) NCC], adică și fără a fi lezionate, rezultă că orice interes de anulare a lor pe temei de leziune lipsește, aceasta trebuind să fie dovedită, lucru care nu este chiar foarte simplu, pe când anularea pentru incapacitate în acest caz este mult mai lesnicioasă, practic, trebuind doar să fie invocată, dovada vârstei minorului la data încheierii actului neridicând niciun fel de dificultate.

31. În ceea ce privește actele de conservare, pentru încheierea cărora, așa cum am văzut mai sus, în actuala configurație a textelor legale, minorul sub 14 ani are capacitatea de exercițiu de a le încheia singur și care, ocazional, pot fi lezionate (*supra* nr. 17), putem ezita între a susține fie că minorul ar putea solicita aplicarea remediilor specifice leziunii doar pe temeiul dispozițiilor art. 1221 (1) NCC, pe baza argumentului că actele juridice încheiate de persoanele având capacitate de exercițiu (și pentru actele de conservare minorii sub 14 ani au o asemenea capacitate) nu sunt anulabile pentru motive de minoritate, fie că ar putea acționa doar pe temeiul dispozițiilor art. 1221 (3) NCC, pe baza argumentului că textul se referă la „*minori*”, fără nicio altă precizare, fie, în sfârșit, că ar putea acționa pe temeiul ambelor texte, pe baza argumentului că niciunul dintre acestea nu exclude explicit aplicabilitatea lui în ipoteza examinată, fiind pe deplin conștienți de faptul că întrucât acționarea pe temeiul dispozițiilor art. 1221 (3) NCC este mult mai facilă pentru reclamant, în mod normal se va apela la aceasta.

### **2°. În cazul minorilor cu capacitate de exercițiu restrânsă**

32. În cazul minorilor cu capacitate de exercițiu restrânsă (între 14-18 ani), în conformitate cu dispozițiile art. 41 (2) NCC, în principiu, actele juridice se încheie de către aceștia, cu încuviințarea reprezentanților legali (părinți sau tutori), iar în cazurile prevăzute de lege și cu încuviințarea instanței de tutelă (actele de dispoziție). Restricțiile mai sus menționate sunt instituite sub sancțiunea anulării actului pentru incapacitate [art. 44 (1) NCC], afară de cazul actelor de conservare, a actelor de administrare care nu îl prejudiciază pe minor, precum și a actelor de dispoziție de mică valoare [art.41 (3) NCC], acte care sunt așadar valabile încheiate de minor singur.

33. Lăsând deoparte actele de dispoziție de mică valoare, care așa cum am văzut, dată fiind valoarea lor cu totul neînsemnată, nu pot fi lezionate, pot însă fi astfel unele acte de conservare și actele de administrare care îl prejudiciază pe minor<sup>47</sup>. Dacă în privința actelor de conservare lezionate sunt valabile și în cazul minorului între 14-18 ani dezvoltările mai sus făcute (*supra* nr. 31), în privința actelor de administrare prejudiciabile pentru minor se poate deduce că vor fi anulabile fie pentru incapacitate [soluție care rezultă din interpretarea *per a contrario* a prevederilor art. 41 (3) NCC potrivit cărora „*minorul poate face singur... acte de administrare care nu îl prejudiciază*”], fie pentru leziune pe temeiul dispozițiilor art. 1221 (3) NCC.

### **3°. În cazul minorilor care dobândesc capacitate deplină de exercițiu fie prin căsătorie fie în mod anticipat**

34. În cazul minorilor care dobândesc capacitate deplină de exercițiu în temeiul dispozițiilor art. 39 (1) NCC sau capacitate deplină de exercițiu anticipată în temeiul dispozițiilor art. 40 NCC, dispozițiile art. 1221 (3) NCC nu mai au aplicabilitate, aceștia putând invoca leziunea doar în condițiile în care pot să o facă și majorii pe temeiul dispozițiilor art. 1221 (1) NCC, așa cum am văzut mai sus (*supra* nr. 17).

#### **b) Condițiile cerute pentru a putea fi reținută leziunea**

35. În ceea ce privește actele la care se referă leziunea prevăzută art. 1221 (3) NCC, este vorba despre contracte din categoria celor susceptibile de leziune (*supra* nr. 12 și 14) din care rezultă pentru minor „o obligație excesivă prin raportare la starea sa patrimonială, la avantajele pe care le obține din contract ori la ansamblul circumstanțelor”. Este vorba de contracte care, fără a fi dezechilibrate din punctul de vedere al valorii prestațiilor părților contractante, lucru care rezultă din dispozițiile exprese ale art. 1222 (2) teza I NCC, fie nu prezintă un real interes pentru minor, cum ar fi, de pildă, achiziționarea unui automobil de lux<sup>48</sup>, fie prezintă pentru el un pericol, cum este cazul atunci când se angajează într-o activitate comercială neprofitabilă și care comportă riscuri<sup>49</sup>, fie presupune pentru minor cheltuieli nerezonabile în raport cu starea sa patrimonială<sup>50</sup> ori chiar dacă numai crează pentru acesta unele dificultăți, griji și neplăceri<sup>51</sup>.

36. Ceea ce mai trebuie remarcat este faptul că, în cazul leziunii speciale privind-o pe minori, spre deosebire de leziunea de drept comun, poziția subiectivă a cocontractantului nu mai joacă niciun rol, leziunea putând fi reținută chiar dacă acesta nu a profitat în niciun fel de încheierea contractului și chiar dacă a ignorat că tratează cu un minor. Este vorba de o măsură specială de protecție a minorilor, nu de sancționare a unei conduite neloiale din partea cocontractanților lor.

### **F. Remediile specifice leziunii**

37. În ceea ce privește remediile aplicabile leziunii, așa cum rezultă din dispozițiile art. 1222 NCC, acestea pot să constea, la alegerea celui lezat, fie în anularea contractului lezionar (a), fie în reducerea prestațiilor sale cu echivalentul valoric al daunelor-interese la care ar fi îndreptățit (b), fie, la inițiativa celeilalte părți, reechilibrarea contractului (c).

#### **a) Anularea contractului**

38. Potrivit dispozițiilor art. 1222 (1) NCC, în caz de leziune, partea dezavantajată poate opta, la libera sa alegere, între a solicita „anularea contractului sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea daunelor-interese la care ar fi îndreptățită”. Acest drept de opțiune subzistă doar în cazul leziunilor prezăzute la art. 1221 (1) și (2) NCC, nu și a celei prevăzute la alin. (3), în cazul căreia nefiind vorba de contracte dezechilibrate, nu există o altă soluție decât aceea a anulării contractului la cererea minorului lezat sau a reprezentanților săi legali.

În cazul leziunilor reglementate de art. 1221 (1) și (2) NCC, anularea nu poate fi cerută

decât dacă, pe de o parte, „*leziunea depășește jumătate din valoarea pe care o avea, la momentul încheierii contractului, prestația promisă sau executată de partea lezată*”, iar pe de altă parte dacă disproporția subzistă la data introducerii cererii în anulare [art. 1222 (2) NCC]. Cu alte cuvinte, în primul rând, disproporția dintre prestații trebuie să fie una de mare amploare, nu una oarecare. În al doilea rând, disproporția trebuie să subziste la aceeași parametri atât la data încheierii contractului, cât și la data cererii de anulare, altminteri anularea neputând fi aplicată.

39. Din dispozițiile art. 1221 și 1222 NCC rezultă că, în dreptul nostru, acțiunea în anulare pentru leziune poate privi doar contractul în ansamblul său, nu și o anumită clauză a acestuia, așa cum permit, de pildă, dispozițiile art. art. 3.10 (1) din Principiile UNIDROIT (2004).

40. Dreptul la acțiunea în anulare are un pronunțat caracter personal, ea neputând fi introdusă decât de cel lezat sau, în caz de deces al acestuia, de succesorii săi universali sau cu titlu universal, nu și de creditorii săi pe cale oblică (art. 1560 NCC) ori avânzii săi cauză cu titlu particular, cum ar fi cesionarii de drepturi succesoriale (art. 1747 NCC), care pot însă continua acțiunea începută de cel lezat.

41. În conformitate cu dispozițiile art. 1223 (1) NCC, „*dreptul la acțiunea în anulare... se prescrie în termen de un an de la data încheierii contractului*”. Faptul că termenul de prescripție a dreptului la acțiunea în anulare curge de la data încheierii contractului demonstrează odată în plus că leziunea nu este un viciu de consimțământ, căci în cazul acestora termenele de prescripție curg, după împrejurări : în caz de violență - de la data când acesta a încetat; în caz de dol - de la data când acesta a fost descoperit; iar în caz de eroare esențială - de la data când a fost cunoscută cauza de anulare, însă nu mai târziu de 18 luni de la data încheierii actului [art. 2529 (1) NCC].

Art. 1223 (2) NCC precizează că „*anulabilitatea contractului nu poate fi opusă pe cale de excepție când dreptul la acțiune este prescris*”.

42. Ca urmare a anulării, părțile vor fi repuse în situația anterioară încheierii contractului, datorându-și reciproc restituirea prestațiilor primite de la cealaltă parte, dispozițiile art. 1635 și următ. NCC fiind în acest caz aplicabile.

#### **b) Reducerea obligațiilor celui lezat cu echivalentul valoric al daunelor-interese la care ar fi îndreptățit**

43. Dacă cel lezat nu dorește anularea contractului el poate opta pentru reducerea obligațiilor sale - executate deja sau doar promise - cu valoarea daunelor –interese la care ar fi îndreptățit ca urmare a faptului că cealaltă parte a profitat în mod neoi al de situația în care s-a încheiat contractul lezionar. De exemplu, dacă în cazul unei vânzări prețul plătit de cumpărător este unul lezionar, acesta are dreptul ca, dacă nu optează pentru anularea contractului, să obțină obligarea vânzătorului la restituirea diferenței de preț plătite de el în plus față de valoarea reală a bunului vândut. Este vorba, în esență, de o reechilibrare a contractului.

44. Dat fiind faptul că art. 1222 (1) NCC se referă *in terminis* doar la reechilibrarea contractului prin „*reducerea obligațiilor*” celui lezat, nu și prin obligarea celeilalte părți la plata în plus a unei sume echivalente daunelor-interese la care ar fi îndreptățită partea lezată, așa cum ar fi fost firesc<sup>52</sup>.

Pentru a înțelege consecințele reglementării actuale ale art. 1222 (1) NCC vom analiza cu titlu de exemplu cazul când cel lezat este vânzătorul, valoarea bunului vândut fiind considerabil mai mare decât prețul plătit de cumpărător. Dacă bunul vândut îl constituie o cantitate de bunuri de gen, având în vedere dispozițiile art. 1222 (1) NCC, la cererea vânzătorului, contractul ar putea fi reechilibrat prin restituirea părții de bunuri corespunzătoare valoric diferenței de preț în minus stipulate în contract, având loc o „reducere a obligațiilor” sale. Dacă însă bunul vândut este unul individual determinat (de exemplu, un autoturism), „reducerea obligațiilor” vânzătorului nu este de conceput, căci ar trebui să se accepte dezmembrarea autoturismului și restituirea unei părți din acestea, ceea ce ar face bunul inutilizabil conform destinației sale, ceea ce, evident, este inadmisibil, iar obligarea cumpărătorului la augmentarea prețului, în actuala configurație a textului de lege aici analizat nu este posibilă, ceea ce este cu totul nefiresc<sup>53</sup>.

45. Din dispozițiile art. 1222 (1) NCC rezultă, pe de o parte, că partea dezavantajată poate opta, la alegerea sa, între a cere anularea contractului sau reducerea obligațiilor sale cu valoarea echivalentă daunelor-interese la care ar fi îndreptățită, iar pe de altă parte, din dispozițiile alin. 2 al aceluiași text de lege, rezultă că anularea poate fi cerută doar atunci când diferența între prestații este mai mare de jumătate din valoarea prestației celui avantajat, textul nereferindu-se și la reducerea obligațiilor celui dezavantajat.

La o primă privire, s-ar putea susține că, implicit, pe baza unui raționament *per a contrario*, în cazul analizat, reducerea prestațiilor celui dezavantajat ar fi posibilă, indiferent care ar fi valoarea diferenței, de vreme ce restricția valorică se referă în mod expres doar la anularea contractului, nu și la reducerea prestațiilor<sup>54</sup>.

O asemenea interpretare nu ar putea fi însă primită deoarece, în toate sistemele de drept care reglementează leziunea, aceasta subzistă doar atunci când diferența între prestațiile părților este „însemnată”, „excesivă”, „evidentă” etc., nu doar una oarecare. În condițiile în care NCC, urmând modelul C. civ. it. [art. 1448 (2)], a fixat pragul leziunii la o diferență mai mare de jumătate din valoarea prestației celui avantajat pentru ca cel dezavantajat să poată obține anularea contractului, același prag subzistă și în cazul în care cel dezavantajat optează pentru reducerea obligațiilor sale. A accepta teza reducerii obligațiilor celui dezavantajat, indiferent de valoarea diferenței valorice între prestații, ar echivala cu dinamitarea principiului stabilității contractelor, oricine și oricând putând susține că există o diferență valorică între prestații și, pe acest motiv, să antameze procese interminabile, lăsând de o parte faptul că echilibrul între prestațiile părților nu a fost niciodată și nici nu poate fi vreodată unul farmaceutic, obiectiv, depinzând de condițiile concrete ale fiecărui contract în parte. Este de principiu că leziunea nu poate fi recunoscută ca motiv de nevalabilitate a contractelor decât în condiții restrictive. În toate legislațiile, indiferent de concepția care stă la baza reglementării, leziunea este o cauză de nevalabilitate a contractelor. Reechilibrarea contractelor lezionare este o soluție alternativă la anularea contractului, nicidecum un caz distinct de rediscutare *post factum* a clauzelor contractuale.

### **c) Reechilibrarea contractului prin voința cocontractantului celui lezat**

46. În fine, potrivit dispozițiilor art. 1222 (3) NCC, instanța de judecată poate să mențină contractul „dacă cealaltă parte oferă, în mod echitabil, o reducere a propriei creanțe sau, după caz, o majorare a propriei obligații”.



Cu alte cuvinte, chiar dacă cel dezavantajat solicită anularea contractului pentru leziune, instanța de judecată poate dispune menținerea acestuia dacă cealaltă parte se declară de acord cu reechilibrarea prestațiilor, fie prin reducerea propriei creanțe (de exemplu, vânzătorul care a obținut un preț disproporționat se declară de acord cu reducerea acestuia), fie prin majorarea propriei obligații (de exemplu, cumpărătorul care a ieșit în avantaj la încheierea contractului se declară de acord cu plata unei diferențe care să compenseze diferența lezionară de valoare între bunul vândut și prețul convenit de părți). În ipoteza examinată, consecințele leziunii (dezechilibrul contractual) fiind înlăturat prin manifestarea de voință a celui care a ieșit în avantaj, partea lezată nu mai poate justifica niciun interes pentru anularea contractului, motiv pentru care acesta va fi menținut.

\* Prof.univ.dr., UBB Cluj-Napoca; dnchirica@yahoo.com.

<sup>1</sup> În acest sens, a se vedea, de exemplu: Gh. Beileu, *Actul juridic civil*, în P. Cosmovici coord., „Tratat de drept civil. Vol. I. Partea generală”, Edit. Academiei, București, 1989, p. 182,183; O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, ediția a 7-a, Edit. Rosetti, București, 2005, p. 149.

<sup>2</sup> P. Vasilescu, *Actul juridic civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, ediția a 2-a, Colecția universitară. Sfera juridică, Cluj-Napoca, 2008, p. 463; L. Pop, *Echilibrul contractual și leziunea în contracte*, „Dreptul” nr. 11/2008, p. 82 și urm.

<sup>3</sup> I. Rucăreanu, *Viciile de consimțământ*, în Tr. Ionașcu coord., „Tratat de drept civil. Volumul I. Partea generală”, Edit. Academiei, București, 1967, p. 289, nr. 23.

<sup>4</sup> Sancțiunea era „resciziunea”, adică anularea contractului.

<sup>5</sup> În acest sens, a se vedea: T. Pop, *Drept civil român. Persoanele fizice și persoanele juridice*, Ed. „Lumina Lex”, București, 1994, p. 77; O. Ungureanu, C. Jugastru, *Drept civil. Persoanele*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 119.

<sup>6</sup> Art. 1405 C.civ. Quebec prevede că „în afară de cazurile expres prevăzute de lege, leziunea nu viciază consimțământul decât în privința minorilor și majorilor protejați”, iar art. 1406 alin. 1 precizează că „leziunea rezultă din exploatarea uneia dintre părți de cealaltă parte, care antrenează o disproporție importantă între prestațiile părților; simplul fapt că există disproporție importantă face să se prezume exploatarea”.

<sup>7</sup> Spre deosebire de minorul între 14-18 ani, actele minorului sub 14 ani, indiferent de natura lor (de conservare, de administrare sau de dispoziție) erau anulabile pentru incapacitate de exercițiu, indiferent dacă erau sau nu leziunare pentru acesta (art. 25 alin. 2 din Decretul nr. 32/1954).

<sup>8</sup> Cu referire la art. 1305 C. civ. francez s-a afirmat că „leziunea nu este aici, prin ea însăși, cauză de nulitate”, ci, dimpotrivă, lipsa ei face actul inatacabil în pofida iregularității decurgând din încheierea lui de către minor fără încuviințarea ocrotitorilor legali (J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 11-e édition, A. Colin, Paris, 2004, p. 179, nr. 244), textul nefiind decât o consacrare a adagiului tradițional potrivit căruia *restitutor minor non tanqua minor sed tanquam lesus* (D. Mazeaud, v° *Lésion*, „Rép. civ. Dalloz”, ap. 2007, p. 5, nr. 21).

<sup>9</sup> În acest sens, a se vedea D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale. Vol. I. Vânzarea și schimbul*, Edit. C H Beck, București, 2008, p. 91, 92, nr. 85, cu referințele de la nota 1 de sub p. 92.

<sup>10</sup> În acest sens, a se vedea: D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 2 și 3, nr. 5 și 6; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, p. 709, nr. 1077.

Profesorul D. Mazeaud mai sus citat mai menționează în materie de leziune și existența unei concepții obiective, conform căreia „leziunea ar apărea ca o un concept nelimitat care s-ar reduce la o simplă lipsă de echivalență, doar la dezechilibrul contractual; inegalitatea valorică între prestațiile contractuale” (*ibidem*, nr. 7), dar care n-ar putea fi acceptată deoarece ar contraveni caracterului restrictiv, selectiv al leziunii sancționabile în toate sistemele de drept.

<sup>11</sup> Alături de leziunea obișnuită, care presupune existența unui dezechilibru între prestațiile stipulate de părți în contract, C. civ. Quebec reglementează la art. 1406 alin. 2 o specie de leziune care nu implică un asemenea dezechilibru, fiind instituită în favoarea minorilor sau majorilor protejați care au încheiat un contract prin care și-au asumat o „*obligatie estimată excesivă având în vedere situația patrimonială a acelei persoane, a avantajelor care pe care le obține din contract și din ansamblul circumstanțelor*”. Textul a fost preluat, după cum vom vedea, și de legiuitorul român la art. 1221 (3) NCC.

Reglementarea din C. civ. Quebec la care facem referire nu este lipsită de o oarecare inconsecvență și chiar incoerentă, căci, pe de o parte, vorbește despre o prezumție de vicie a consimțământului celui în defavoarea căruia subzistă dezechilibrul dintre prestații, iar pe de altă parte de o „exploatare a unei părți de către cealaltă”, adică despre o „leziune calificată”, mergând până la instituirea unei prezumții absolute de rea-credință dedusă din simplul fapt al existenței disproporției dintre prestații.

<sup>12</sup> În acest sens, de exemplu, a se vedea: P. Vasilescu, *Actul juridic civil* (2008), *loc. cit. supra*, p. 463; L. Pop, *Echilibrul contractual și leziunea în contracte*, *cit. supra*, p. 84; S. Neculaescu, *Leziunea – viciu de consimțământ sau dezechilibru contractual?*, RRDP nr. 3/2010, p. 69.

<sup>13</sup> În acest sens, a se vedea, de exemplu, Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil Les obligations*, 9-e éditions, Dalloz, 2005, p. 320, nr. 314, precum și referințele acolo făcute.

<sup>14</sup> D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 3, nr. 7.

<sup>15</sup> În acest sens, a se vedea Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 318, nr. 311.

<sup>16</sup> În acest sens, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 184, nr. 250.

<sup>17</sup> D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 3, nr. 8.

<sup>18</sup> Există voci care, în pofida prevederii exprese a textului de lege mai sus menționat, neagă leziunii această calificare (în acest sens, a se vedea P. Vasilescu, *Actul civil*, în I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, „Introducere în dreptul civil”, Edit. Hamangiu, București, 2013, p. 520).

<sup>19</sup> Doar prin excepție, numai în cazurile expres prevăzute de lege [art. 424 (privitor la renunțarea la partajul bunurilor familiale), art. 472 (privitor la renunțarea la partajul bunurilor achizite) și art. 2332 (privitor la împrumutul de sume de bani)], leziunea este posibilă și în cazul persoanelor majore nepuse sub interdicție

<sup>20</sup> Încuviințarea prealabilă a autorității tutelare se cerea pentru actele de dispoziție.

<sup>21</sup> Actele de conservare (de înscriere a unei ipoteci în registrele de publicitate, de punere a sigiliilor, de inventariere a unor bunuri, de întreruperea unei prescripții etc.), în general, sunt considerate a fi acte neutre, care nu ar putea prejudicia în niciun fel pe autorul lor - lucru care însă, așa cum vom vedea mai jos, nu este într-un tot exact (*infra* nr. 17) -, astfel încât nu ar fi susceptibile de leziune.

<sup>22</sup> Pentru unele obiecțiuni la soluția legală a exceptării tranzacției de la aplicarea dispozițiilor referitoare la leziune, a se vedea S. Neculaescu, *op. cit.*, p. 72.

<sup>23</sup> În acest sens, a se vedea, de exemplu: C. T. Ungureanu, *Reflecții privind leziunea, viciu de consimțământ, în statornicirea Codului civil (Legea nr. 287/2009)*, „Dreptul” nr. 10/2012, p. 28, nr. 11; G. Boroș, *Actul juridic civil*, în G. Boroș, L. Stănculescu, „Instituții de drept privat în reglementarea noului Cod civil”, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 114; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Partea generală în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Universul juridic, București, 2013, p. 236 [acești din urmă autori se contrazic implicit, puțin mai jos (p. 239) dând ca exemplu de leziune în cazul unui minor împrumutul luat cu o dobândă rezonabilă, dar care nu are nicio utilitate pentru el].

<sup>24</sup> Este vorba despre „*dobânda remuneratorie*”, în sensul dispozițiilor art. 1 (2) din OG nr. 13/2011 privitoare la dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești, precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar.

<sup>25</sup> În acest sens, a se vedea: J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 177, nr. 241; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, 2-e édition, Thémis droit. PUF, 2010, p. 412, nota 3.

<sup>26</sup> În acest sens, a se vedea, de exemplu, C. Zamșa, *Comentariu* la art. 1221 NCC, în Fl. A. Baias, E. Chelaru,

- R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), „Noul Cod civil. Comentariu pe articole”, Ed. C H Beck, București, 2012, p. 1283; C.-T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 26, nr.7 și p. 28, nr. 10; O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 236 și 238; G. Boroș, C. A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, ediția a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 161.
- <sup>27</sup> În acest sens, a se vedea și G. Boroș, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 161, nota 1.
- <sup>28</sup> Este vorba, pe de o parte, de regula conform căreia minorul fără capacitate de exercițiu nu poate încheia acte juridice decât prin intermediul reprezentanților săi legali [art. 43 (2) NCC], iar pe de altă parte de regula conform căreia minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă poate încheia acte juridice, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorei (acte de administrare), iar pentru cazurile anume prevăzute de lege (actele de dispoziție) și cu încuviințarea instanței de tutelă [art. 41 (2) NCC].
- <sup>29</sup> Conform opiniei curente, actele de conservare sunt considerate a fi neutre și folositoare și că nu ar putea prejudicia în niciun fel pe autorul lor. Astfel, de pildă, se afirmă că „*actul de conservare este întotdeauna un act avantajos pentru autorul său, deoarece presupune cheltuieli de o valoare mult mai mică decât valoarea dreptului ce se tinde a fi salvat*” (G. Boroș, *Actul juridic civil, cit. supra*, p. 83).
- <sup>30</sup> Pentru dezvoltări asupra acestor acte, a se vedea C. Brenner, v° *Acte juridique*, „Rép. civ. Dalloz”, ian. 2013, nr. 242 și următ.
- <sup>31</sup> *Ibidem*, nr. 244 și 246.
- <sup>32</sup> Pentru îndeplinirea actelor de conservare, așa cum am văzut, minorul indiferent de vârsta lui, are capacitate deplină de exercițiu.
- <sup>33</sup> În acest sens, a se vedea: Cass. 3-e civ., 18 juill. 2001, *Obs. G. Paisant*, „Recueil Dalloz” 2002, p. 930; Cass. 3-e civ., 15 déc. 2010, *Obs. A. Polin*, „Revue Lamy droit civil” nr. 79/2011, p. 14.
- <sup>34</sup> În acest sens, a se vedea C.-T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 26.
- <sup>35</sup> În acest sens, a se vedea O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 239.
- <sup>36</sup> Conform acestui text de lege, „*contractul încheiat de o parte aflată în stare de necesitate nu poate fi anulat decât dacă cealaltă parte a profitat de această împrejurare*”.
- <sup>37</sup> G. Alpa, R. Garofoli (diretti da), *Manuale de diritto civile*, IV edizione, Neldiritto Editore, Roma, 2013, p. 1317.
- <sup>38</sup> Art. 4:109 (1) din Principiile dreptului european al contractelor prevede că o condiție a leziunii este aceea ca partea care o invocă să se fi aflat față de cocontractantul său într-o „*stare de dependență... o relație de încredere... în stare de dificultate economică sau de nevoi urgente, sau să fie neprevăzătoare, ignorantă, neexperimentată sau inaptă să negocieze*” [lit.a)], iar pe de altă parte că cealaltă parte „*având sau trebuind să aibă cunoștință... a dobândit un avantaj din situația celei dintâi co o neloialitate evidentă sau obținând un profit excesiv*” [lit. b)].
- Art. 3.10 (1) lit. a) din Principiile UNIDROIT prevede că o condiție a leziunii este „*faptul că cealaltă parte a profitat în mod neloial de dependența primei părți, de dezavantajul economic sau de nevoile urgente ale acesteia, ori de faptul că aceasta este neprevăzătoare, ignorantă, lipsită de experiență lipsită de capacitatea de negociere*”.
- <sup>39</sup> În acest sens, a se vedea: G. Scyboz, P. Scyboz, P.-R. Gilliéron, A. Braconi, *Code civil suisse et Code des obligations annotés*, 8-e édition, Editions Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, II. *Code des obligations*, p. 18, comentariile de sub art. 21; G. Alpa, R. Garofoli (diretti da), *op. cit.*, p. 1318.
- <sup>40</sup> Art. 4: 109 (1) lit. b) din Principiile dreptului european al contractelor, de exemplu, face distincție între „*neloialitatea evidentă*” și „*profitul excesiv*”.
- <sup>41</sup> În acest sens, a se vedea *Principiile UNIDROIT aplicabile contractelor comerciale internaționale*, Edit. Minerva, București, 2006, p. 112, comentariile de sub art. 3.10.
- <sup>42</sup> În acest sens, a se vedea: J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 181, nr. 247; D. Mazeaud, *op. cit.*, p. 7, nr. 32; Ph. Le Toruneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz actions 2008/2009, p. 968, nr. 4079.

<sup>43</sup> În acest sens, a se vedea L. Pop, *op. cit.*, p. 89.

<sup>44</sup> A se vedea: C. T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 32; O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 239;

<sup>45</sup> Reamintim că este vorba de un caz de excepție, care conferă minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă dreptul de dispoziție asupra veniturilor obținute de el din munca sa, îndeletnicirile sale artistice sau sportive, ori din profesia sa.

<sup>46</sup> În acest sens, a se vedea G. Boroi, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 160, nota 1 de subsol.

<sup>47</sup> Actele de administrare care nu îl prejudiciază pe minor nu pot fi atacate nici pentru incapacitate, fiind pe deplin valabile, așa cum rezultă din dispozițiile art. 41 (3) NCC.

<sup>48</sup> În acest sens, a se vedea practica judiciară la care se face trimitere în J.-L. Baudouin, Y. Renaud, *Code civil du Quebec annoté*, T. 2, Wilson & Lafleur, Montreal, 2010, p. 1689, nr. 1406/15.

<sup>49</sup> *Ibidem*, nr. 1406/17.

<sup>50</sup> *Ibidem*, nr. 1406/16.

<sup>51</sup> *Ibidem*, nr. 1406/19.

<sup>52</sup> Menționăm cu titlu de exemplu că alte acte normative care conțin reglementări similare prevăd că, în ipoteza examinată, la cerea părții interesate, instanța de judecată „*poate adapta contractul... pentru a-l pune în acord cu standardele rezonabile*” [art. 3.10 (2) din Principiile UNIDROIT] sau „*poate, dacă consideră că este potrivit, să adapteze contractul de o așa manieră încât să îl pună în acord cu ceea ce s-ar fi putut conveni în conformitate cu exigențele bunei-credințe*” [art. 4:109 (2) din Principiile dreptului european al contractelor]. Cu alte cuvinte, instanța poate reechilibra contractul nu numai prin *diminuarea* prestației celui lezat cu echivalentul daunelor-interese la care a ar fi îndreptățit, ci și prin *augmentarea* prestației cocontractantului care a profitat de dezechilibrul contractual cu rea-credință, în mod abuziv.

<sup>53</sup> Așa cum vom vedea în continuare (*infra* nr. 46), în schimb, potrivit dispozițiilor art. 1222 (3) NCC, cumpărătorul poate impune vânzătorului menținerea contractului cu condiția „*majorării propriei obligații*” (plata unui supliment de preț).

<sup>54</sup> În sensul unor asemenea susțineri, a se vedea G. Boroi, C. A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 161; C. T. Ungureanu, *op. cit.*, p. 33, nr. 19.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **CONSIDERAȚII ASUPRA NATURII JURIDICE A SUBSTITUȚIILOR FIDEICOMISARE DE GRADUL I**

**Horățiu COȚA\***

**Rezumat:** *Substituțiile fideicomisare de gradul I și cele graduale diferă nu doar din punctul de vedere al regimului juridic, ci și din punctul de vedere al naturii juridice. Din dreptul roman și până astăzi, instituția substituțiilor fideicomisare a suferit diverse transformări. Vechiul Cod civil a interzis toate substituțiile fideicomisare, dar unele motive care au stat la baza prohibiției au fost reconsiderate de Noul cod civil. Dat fiind că instituitul este beneficiarul unei liberalități, dar este obligat, în același timp, să administreze bunul în folosul substituitului, am concluzionat că substituția fideicomisară de gradul I este o instituție sui-generis. Ea nu are natura juridică a unei fiducii, execuțiunii testamentare, liberalități afectate de termen, condiție sau sarcină, stipulații pentru altul, a unui drept de uzufruct, contract de depozit ori mandat, sau altei instituții.*

**Cuvinte cheie:** *substituții fideicomisare de gradul I, substituții fideicomisare graduale, regim juridic, natură juridică, proprietate temporară, fiducie, execuțiune testamentară*

**Résumé:** *Des considérations sur les substitutions fidéicommissaires de 1<sup>er</sup> degré. Les substitutions fidéicommissaires de 1<sup>er</sup> degré et celles graduales sont différentes non seulement du point de vue du régime juridique, mais également du point de vue de la nature juridique. Depuis le droit romain et jusqu'à présent, l'institution des substitutions fidéicommissaires a subi de diverses transformations. L'ancien Code civil a interdit toutes les substitutions fidéicommissaires, mais certaines raisons ayant conduit à la prohibition ont été remises en cause par le Nouveau Code civil. Etant donné que le grevé est le bénéficiaire d'une libéralité, étant à la fois obligé de gérer le bien au bénéfice de l'appelé, nous avons tiré la conclusion que la substitution fidéicommissaire de 1<sup>er</sup> degré est une institution sui-generis. Elle est dépourvue de la nature juridique qui est spécifique à la fiducie, à l'exécution testamentaire, aux libéralités affectées par le terme, condition ou charge, à la stipulation pour autrui, d'un droit d'usufruit, contrat de dépôt ou mandat, ou à toute autre institution que ce soit.*

**Mots clés:** *substitutions fidéicommissaires de 1<sup>er</sup> degré, substitutions fidéicommissaires graduales, régime juridique, nature juridique, propriété temporaire, fiducie, exécution testamentaire*

**Abstract:** *Considerations regarding the one degree fideicommissary substitutions. The one degree fideicommissary substitutions and the gradual fideicommissary substitutions are different not only regarding the regulation of their consequences, but also regarding their judicial substance. From Roman law times until today, the institution of fideicommissary substitution had suffered various transformations. The former Civil Code totally forbade the fideicommissary substitutions, but some of the reasons that undelay the prohibition were reconsidered by the New Civil Code. Given the fact that the institute is the beneficiary of a liberality, but, at the same time, he has the obligation to*

*administer the property for the benefit of the substitute, we concluded that the one degree fideicommissary substitution is a sui-generis institution. It doesn't have the judicial substance of a trust, execution of a will, liberality with a term, condition or charge, stipulation for another, of a right of usufruct, of a deposit or mandate contract, nor any other instituiton.*

**Keywords:** *one degree fideicommissary substitutions, gradual fideicommissary substitutions, regulation of consequences, judicial substance, temporary property, trust, execution of a will*

Art. 994 alin. (1) NCC<sup>1</sup> definește substituția fideicomisară drept liberalitatea grevată de o sarcină care constă în obligația instituitului, donatar sau legatar, de a administra bunurile care constituie obiectul liberalității și de a le transmite, la decesul său, substituitului desemnat de dispunător. Art. 996 alin. (3) NCC prevede că substituitul nu poate fi, la rândul său, supus obligației de administrare și de transmitere a bunurilor. Astfel, se face distincție între substituțiile fideicomisare simple sau de gradul I, caz în care există o singură persoană gratificată și obligată să transmită bunul care face obiectul liberalității, adică doar un instituit, și celelalte substituții fideicomisare, graduale, când substituitul devine, la rândul său, instituit, obligat fiind să retransmită bunul, *mortis causa*, unei alte persoane. Dată fiind diferența de regim juridic (substituțiile fideicomisare graduale fiind prohibite implicit), ne-am întrebat dacă este vorba, precum arată numele, de aceeași instituție (diferența dintre cele două fiind pe teren cantitativ sau calitativ). În acest sens, în lucrarea ce urmează, vom încerca să răspundem la două întrebări:

1. Între substituțiile fideicomisare graduale și cele simple există o relație de tipul gen-specie?
2. Dacă răspunsul la prima întrebare va fi negativ: Cărui gen de instituții juridice aparține substituția fideicomisară simplă?

### **Evoluție istorică**

Pentru a înțelege substituția fideicomisară în profunzime, nu putem face abstracție de contextul în care s-a născut, de gradul de cultură și civilizație al societății care a creat-o și al societăților de-a lungul cărora a evoluat.

În vechiul drept roman, fideicomisele au fost considerate drept liberalități față de persoane care nu aveau capacitatea de a fi instituite drept moștenitori prin testament. În acest sens, defunctul ruga un moștenitor sau oricare altă persoană care primea o liberalitate de la el să-i îndeplinească dorința și să dea unui terț un bun, o parte din moștenire sau chiar moștenirea în întregime<sup>2</sup>. Inițial, fideicomisele nu aveau putere obligatorie, fapt care le-a și dat denumirea<sup>3</sup> (erau apărute printr-o sancțiune religioasă, furia zeilor față de cei care jură strâmb); aducerea lor la îndeplinire depindea de buna credință a fiduciarului. Acest lucru s-a schimbat în timpul lui Augustus, când obligația a primit sancțiune juridică. În timp, s-a născut fideicomisul de familie, instituție prin care se asigura menținerea bunurilor în cadrul familiei deoarece erau lăsate bunuri drept moștenire, cu condiția ca fideicomisarul să le transmită mai

departe, moștenitorilor săi. Fideicomisul avea avantajul de a nu trebuie să respecte regulile de fond și formă, specifice testamentului, prevăzute de *ius civile*<sup>4</sup> (care devin depășite odată cu evoluția Romei de la stadiul de cetate la cel de imperiu). Instituția era reciproc avantajoasă, în sensul că fiduciarul primea fructele moștenirii, iar fideicomisarul substanța ei<sup>5</sup>. Există însă dezavantajul că, deși eredeii puteau să nu primescă chiar nimic din activul succesoral, ei puteau fi obligați să plătească datoriile moștenirii. În plus, se eludau normele privind persoanele care puteau fi instituite drept moștenitori. De aceea, prin reforme succesive, s-a stabilit că fideicomisarul devenea erede de când primea succesiunea, ulterior fiind chiar obligat să accepte succesiunea<sup>6</sup>. Apoi, Iustinian, prin asimilarea cu legatele, limitează libertatea de a dispune prin astfel de fideicomise<sup>7</sup>.

În vechiul drept francez, această instituție a fost cunoscută pentru prima dată sub denumirea de substituțiune fideicomisară<sup>8</sup>. Ea asigura, împreună cu dreptul primului născut (privilegiul primogeniturii) menținerea averii în cadrul familiilor nobiliare și păstrarea privilegiilor acestora. Totuși, și clasa socială de mijloc se folosea de substituții fideicomisare, de cele mai multe ori ele fiind de gradul I (spre exemplu, se dorea ajutorarea văduvei în perioada cât va supraviețui)<sup>9</sup>.

O problemă care s-a ridicat în legătură cu substituțiile fideicomisare în vechiul drept francez a fost aceea că acestea erau oculate, lăsând loc abuzurilor<sup>10</sup>. Astfel, neputând fi cunoscute de terți, aceștia urmau a fi fraudati, actele juridice la care participau fiind lovite de nulitate din cauza nerespectării obligației de a nu înstrăina bunul. De aceea, încă din secolul XVI, s-a reglementat obligația formalităților de publicitate<sup>11</sup>. De-a lungul Evului Mediu substituțiile fideicomisare au fost utilizate frecvent, dar spre finalul acestei perioade a început restrângerea dreptului de a dispune prin astfel de liberalități<sup>12</sup>. În final, revoluția franceză, desființând organizarea feudală, le-a prohibit. Interdicția a fost prevăzută și în Codul civil de la 1804, care permitea, totuși, substituțiile fideicomisare făcute de părinți copiilor, cu obligația de a le remite nepoților născuți ori care se vor naște, sau făcute de persoane decedate fără descendenți, în favoarea fraților și surorilor, cu obligația de a le păstra și remite copiilor lor<sup>13</sup>.

Spre deosebire de situația din Franța, în spațiul Vechiului Regat al României, nu a existat o tradiție medievală în sensul folosirii substituțiilor fideicomisare<sup>14</sup>, deși era permisă de Codul Andronache Donici<sup>15</sup>, Codul Calimach<sup>16</sup>, Codul Caragea.

### **Motivele prohibiției substituțiilor fideicomisare graduale**

Vom face o scurtă prezentare a acestor temeuri pentru a surprinde caracteristicile substituțiilor fideicomisare graduale, fapt care va facilita relevarea ulterioară a diferențelor dintre acestea și substituțiile fideicomisare simple.

Deși unele inconveniente ale substituțiilor fideicomisare graduale au fost îndepărtate încă din dreptul roman, ele mai prezintă și alte inconveniente, motiv pentru care vechiul Cod civil le-a interzis<sup>17</sup>. Aceste considerații sunt de ordin<sup>18</sup> :

1. Politic. Momentul adoptării Codului civil francez nu poate fi neglijat deoarece reglementările poartă urma contextului politic și social al momentului. La acea vreme, s-a urmărit suprimarea puterii nobiliare (drept dovadă, au fost în continuare permise

substituțiile fideicomisare simple utilizate în Evul Mediu de clasa socială de mijloc). În același sens, interdicția substituțiilor fideicomisare rezultă din egalitatea între membrii familiei (în contra dreptului de primogenitură)<sup>19</sup>, ideee care i-a însușit pe revoluționarii francezi. Totuși, Codul civil francez permitea substituțiile fideicomisare de gradul I, soluție nepreluată în legislația din Vechiul Regat din motive care au scăpat doctrinarilor civilisti români. Soluția legiuitorului român trebuie înțeleasă, și ea, prin prisma contextului politic și social al momentului: regimul politic autoritar, problemele sociale, revoluțiile autohtone sau decalajul temporar ca nivel de cultură și civilizație față de Occident.

2. Juridic. Dat fiind că substituțiile fideicomisare graduale nu sunt limitate în timp, s-ar ajunge să se eludeze dispozițiile privind incapacitate persoanelor viitoare de a primi liberalități.

De asemenea, legiuitorul urmărește să împiedice crearea, prin voința dispunătorului, unui sistem de devoluțiune a moștenirii derogatoriu<sup>20</sup> de la cel de drept comun, organizarea generală a succesiunilor fiind de ordine publică<sup>21</sup>.

Mai mult, substituțiile constituie un pact asupra moștenirii nedeschise<sup>22</sup>, prohibite atât de vechiul, cât și de Noul Cod Civil.

3. Economic. Promovarea creditului și liberei circulații a bunurilor este incompatibilă cu inalienabilitatea pe care o implică o substituție fideicomisară. Aceasta și din cauza faptului că remiterea obiectului liberalității la moartea instituitului de către substituit nu reprezintă un interes legitim<sup>23</sup>. Inalienabilitatea poate provoca numeroase fraude căci proprietarii bunurilor inalienabile ar încerca să se împrumute, garantând cu aceste bunuri (bunul inalienabil fiind și insesizabil<sup>24</sup>), sau să le înstrăineze, în paguba, după caz, a creditorilor sau terților dobânditori<sup>25</sup>. În plus, instituitul, având o poziție juridică apropiată de aceea a unui uzufructuar, nu are interesul de a îmbunătăți fondul, ci de a-l exploata cât mai intens, știind că dreptul lui este vremelnic<sup>26</sup>.

## **Noul Cod Civil**

Noul Cod Civil, adoptat în contextul unei liberalizări a raporturilor de drept privat, aduce câteva modificări în sistemul dreptului civil român. În continuare vom analiza câteva dintre aceste modificări, care produc efecte asupra instituției ce face obiectul analizei noastre, urmând structura avută în vedere anterior, la momentul prezentării motivelor prohibiției substituțiilor fideicomisare graduale. Prezentarea acestor elemente de noutate are menirea de a sublinia diferențele dintre substituțiile fideicomisare graduale și cele simple.

Cu privire la inalienabilitate, Noul Cod Civil dispune, la art. 627, că prin convenție sau testament se poate interzice înstrăinarea unui bun, însă numai pentru o durată de cel mult 49 de ani și dacă există un interes serios și legitim. Termenul începe să curgă de la data dobândirii bunului. Deși, în ceea ce privește inalienabilitatea bunului care face obiectul unei substituții fideicomisare, legea conține unele dispoziții derogatorii (spre exemplu, termenul pentru care poate fi instituită), ele se completează cu regimul juridic de drept comun al clauzei de inalienabilitate. De aceea, credem că permisiunea substituției fideicomisare simple reprezintă oarecum o aplicație a clauzei de inalienabilitate, putându-se obține, practic, aceleași



efecte prin stipularea unei clauze de inalienabilitate în actul care constată liberalitatea. Așadar, legiuitorul a permis substituțiile fideicomisare simplă deoarece Noul Cod Civil îngăduia o astfel de liberalitate care, chiar dacă nu se bucura de o reglementare specială, prin elementele ei particulare nu ar fi venit în conflict cu normele de ordine publică. Apoi, interesul serios și legitim se presupune că există în astfel de cazuri, fiind o premisă de la care pornește toată instituția substituțiilor fideicomisare. În ceea ce privește termenul de 49 de ani, teoretic există o sumedenie de posibilități, dar, practic, în concret, se va întâlni rar cazul unui instituit și al unui substituit de vârste fragede, astfel ca perioada efectivă a inalienabilității să fie considerabil mai mare de 49 de ani. De obicei, oamenii se gândesc la succesiunea proprie sau la liberalități la o vârstă mai înaintată.

Cu privire la faptul că remiterea obiectului liberalității la moartea instituitului de către substituit nu reprezintă un interes legitim, avem câteva precizări de făcut. Suntem de acord că inalienabilitatea perpetuă a bunului nu reprezintă un interes legitim, dar, situația este alta în cazul inalienabilității temporare, chiar egale cu durata vieții unei persoane. Sunt evidente motivele pentru care unele persoane instituie clauze de inalienabilitate în contracte sau apelează la substituții fideicomisare: doresc protejarea intereselor gratificatului (de cele mai multe ori fiind vorba de liberalități), căruia doresc să-i asigure un venit pe durată îndelungată ori doresc să-i ofere un bun în scop de tezurizare. Or, dacă acesta ar vinde bunul primit, situația sa financiară s-ar ameliora pe termen scurt, dar s-ar agrava cu trecerea timpului. Este de notorietate faptul că unele persoane nu știu sau nu pot să-și administreze profitabil bunurile. De aceea, ni se pare că substituția fideicomisară simplă are la bază cel mai evident și mai simplu interes legitim, motiv pentru care constatăm că situația diferă de cea a substituției fideicomisare graduale.

De asemenea, Noul Cod Civil instituie obligația de a administra bunul, spre deosebire de vechiul Cod civil, care vorbea despre obligația de a conserva bunul. În acest sens, putem spune că s-a rezolvat, cel puțin teoretic, problema instituitului lacom, care-și urmărește interesul ropriu, în defavoarea unei bune administrări a proprietății.

Apoi, Noul cod civil reglementează proprietatea periodică<sup>27</sup>, specie a proprietății temporare. În acest cadru, am putea să revedem definițiile clasice ale dreptului de proprietate, care vorbeau despre perpetuitatea lui, context în care am putea regăndi premisele substituției fideicomisare simple, care ar apărea nu ca limitare a atributului de dispoziție al dreptului de proprietate, ci ca un drept de proprietate limitat în timp al instituitului.

Noul Cod Civil mai prevede că instituitului i se aplică în mod corespunzător dispozițiile acestuia referitoare la fiduciar, în contextul în care noua legislație reglementează pentru prima dată fiducia. Sub acest aspect considerăm că substituția fideicomisară simplă se îndepărtează de cea graduală. Astfel, ni se pare că instituția substituțiilor fideicomisare a fost modificată, creându-se una nouă, cu același nume, dar cu o natură juridică diferită. Asupra acestor lucruri vom reveni ulterior.

Deși poziția legiuitorului cu privire la incapacitatea persoanelor viitoare de a primi liberalități rămâne neschimbată<sup>28</sup>, ea nu afectează instituția analizată deoarece faptul că substituitul trebuie să existe la momentul deschiderii succesiunii sau la momentul încheierii donației nu constituie un impediment în existența substituției fideicomisare simple<sup>29</sup>. Astfel, nou-reglementata instituție se încadrează în prescripțiile legale de ordine publică, spre deosebire

de substituția fideicomisară graduală, în cazul căreia, gratificarea unei persoane inexistente este de esența instituției. De aceea, argumentul în favoarea interdicției substituțiilor fideicomisare care se referă la incapacitatea persoanelor viitoare de a primi liberalități nu va fi luat în considerare în cazul substituției fideicomisare simple, care diferă, cu privire la acest aspect, de substituția fideicomisară graduală.

De asemenea, în cazul substituției fideicomisare simple, spre deosebire de cea graduală, nu mai există problema creării, prin voința dispunătorului, a unui sistem de devoluțiune a moștenirii derogatoriu de la cel de ordine publică deoarece, conform Noului Cod Civil, rezerva moștenitorilor legali nu poate fi încălcată printr-o asemenea dispoziție. Astfel, s-ar putea face o donație direct substituitului, în limitele cotității disponibile. De aceea, considerăm că inalienabilitatea este constituită în defavoarea substituitului, fapt ce nu afectează negativ moștenirea instituitului (el știe de la început că are obligația de a preda bunul, care, practic, nu este al său, deși, juridic, face parte din patrimoniul său). Așadar, instituitul este gratificat cu un drept de proprietate temporar, viager, nu perpetuu.

În același sens, substituția fideicomisară simplă nu este un pact asupra moștenirii nedeschise deoarece dreptul substituitului este mai mult decât un drept eventual, decât o speranță că va moșteni, în timp ce dreptul de proprietate al instituitului, după cum am văzut, nu este un drept de proprietate perpetuu.

## **Natura juridică**

### **I. Chestiuni preliminare**

Pentru a facilita descoperirea naturii juridice a instituției este nevoie de câteva precizări prealabile.

Mai întâi, arătăm că, potrivit art. 996 alin. (2) NCC, substituitul dobândește bunurile care constituie obiectul liberalității ca efect al voinței dispunătorului. Astfel, nu este vorba de vreo liberalitate din partea instituitului, care are rolul unui intermediar între dispunător și gratificat.

Apoi, trebuie să vedem care este cauza liberalității față de instituit deoarece, fără dubii, acesta este gratificat, având o poziție mai complexă decât cea a unui simplu intermediar<sup>30</sup>. Este dificil de intuit care ar fi motivația unei persoane să gratifice pe cineva cu un drept temporar, adică un cadou care ulterior îi va fi luat înapoi; motivele pot fi multe și vor fi analizate în concret. Totuși, considerăm că putem găsi un răspuns aproape universal: motivul gratificării instituitului este efortul depus de acesta pentru administrarea bunurilor care fac obiectul substituției fideicomisare. Astfel, pentru a se asigura că sarcina liberalității va fi executată precum s-a prevăzut, dispunătorul îl motivează și recompensează pe instituit, pentru a evita, pe cât posibil, orice conflicte ce s-ar putea ivi atunci când *de cujus* nu va mai fi. Această interpretare poate fi susținută și invocând faptul că, în cazul în care valoarea bunului excede cotitatea disponibilă a masei succesoriale a instituitului, diferența îi va reveni cu titlu de liberalitate.

Art. 1000 NCC prevede că atunci când substituitul precedează instituitului sau renunță la beneficiul liberalității, bunul revine instituitului, cu excepția cazului în care s-a

prevăzut că el va fi cules de moștenitorii substituitului ori a fost desemnat un al doilea substituit. Din acest text de lege reiese faptul că instituitul este o persoană gratificată care culege obiectul substituției fideicomisare în lipsa altui beneficiar al liberalității. Aceasta înseamnă, după cum arătam mai sus, că intenția dispunătorului nu este de a-l gratifica direct. De fapt, el este instituit moștenitor printr-o substituție vulgară<sup>31</sup>. În acest sens, arătăm că renunțarea substituitului la substituția fideicomisară constituie o liberalitate făcută de acesta instituitului, fiind, în principiu, o donație indirectă. Astfel, dacă substituitul nu poate primi, instituitul va fi gratificat din voința dispunătorului. Dacă substituitul nu va voi să primească, vom avea de-a face cu o liberalitate indirectă a substituitului față de instituit. Așadar, dacă la data decesului dispunătorului una din liberalități este ineficace, cealaltă va fi valabilă și va produce efecte, evitându-se caducitatea totală a substituției<sup>32</sup>.

De asemenea dacă gratificatul impune sarcina ca instituitul să dea contravaloarea bunului care face obiectul liberalității, nu va fi vorba despre o substituție fideicomisară. Deci, substituția fideicomisară se referă la anumite bunuri, nu la valori. Astfel, rolul instituției diferă de cel al rezervei succesoriale. Pe când prima urmărește ca unele bunuri să ajungă la anumite persoane, a doua urmărește nu păstrarea bunurilor în familie, ci asigurarea unei părți din succesiune moștenitorilor rezervatari. Această parte nu se referă la bunurile lui *de cujus*, privite *ut singuli*, ci la valoarea lor, ca masă patrimonială.

Apoi, art. 995 NCC prevede că sarcina prevăzută la art. 994 (s.n.- obligația instituitului de a administra bunurile și de a le transmite, la decesul său, substituitului) produce efecte numai cu privire la bunurile care au constituit obiectul liberalității și care la data decesului instituitului pot fi identificate și se afla în patrimoniul său. Formularea textului legal nu este cea mai fericită deoarece poate fi interpretată în sensul că bunurile care fac obiectul liberalității și care nu se află în patrimoniul instituitului la decesul său ori nu pot fi identificate nu ar trebui predate substituitului, care devine totuși proprietar al lor la momentul decesului instituitului. Această interpretare ar anihila instituția substituțiilor fideicomisare simple deoarece ele ar fi lipsite de sancțiune juridică, caz în care nu ar fi vorba de o obligație, ci de o dorință sau rugămintă a dispunătorului, caz în care nu se mai aflăm pe terenul instituției analizate. De aceea, interpretând textul legal în sensul în care produce efecte, observăm că el se referă pe de-o parte la chestiuni de probațiune, iar, pe de alta, la terții de bună credință. Astfel, după cum este și firesc, cel care va face o cerere înaintea justiției va trebui să o susțină cu probe; dacă nu poate, cererea îi va fi respinsă. De cealaltă parte, trebuie protejată securitatea circuitului civil, prin protecția terților dobânditori de drepturi reale de bună credință. Nu vom intra în detalii deoarece singurul motiv pentru care am precizat aceste lucruri este pentru a demonstra faptul că obligația de administrare și transfer al proprietății, spre deosebire de perioada vechiului dreptul roman, se bucură în zilele noastre de sancțiune juridică. Această interpretare se impune cu atât mai mult cu cât alin. (2) al aceluiași articol arată că atunci când liberalitatea are ca obiect valori mobiliare, sarcina produce efecte și asupra valorilor mobiliare care le înlocuiesc. Cu privire la acel din urmă text de lege, considerăm că el se referă la trei ipoteze: protecția terților de bună credință, subrogația reală cu titlu particular și bunurile fungibile. Astfel, în cazul exproprierii sau al indemnizației de asigurare pentru pieirea fortuită a bunului<sup>33</sup>, este evident că instituitul nu va putea transmite bunul. De aceea, obligația sa se

strămută, conform normelor speciale, asupra sumei de bani primite de instituit. De asemenea, textul se referă la protecția tertului dobânditor de mobile, de bună crediță<sup>34</sup>, existând un text de lege analog în reglementarea clauzei de inalienabilitate<sup>35</sup>. În final arătăm că nimic nu interzice ca obiectul unei substituții fideicomisare să fie o sumă de bani sau alte bunuri fungibile prin natura lor, cu atât mai mult cu cât acestea fac de cele mai multe ori obiectul fiduciei, instituție cu care substituția fideicomisară se aseamănă destul de mult. În acest caz, depinde dacă bunurile sunt privite de dispunător drept fungibile sau nu. Dacă nu se prevede expres că sunt privite drept nefungibile, instituitul va avea obligația de a transmite bunuri de același fel, ipoteză la care credem că se referă și textul de lege analizat. Considerăm că substituția fideicomisară simplă poate avea ca obiect bunuri fungibile, dată fiind lipsa unei prohibiții exprese în acest sens. Nu suntem de accord că legea ar permite înstrăinarea bunului mobil sau înlocuirea lui în alt mod deoarece nu ar mai fi vorba despre o substituție fideicomisară, bunul nefiind inalienabil. Fără a intra în detalii, arătăm că legislația Québec-ului prevede ca posibilă înstrăinarea bunurilor care fac obiectul substituției, situație în care actul juridic va fi desființat la momentul decesului instituitului.

Deși scopul pentru care au fost create substituțiile fideicomisare a fost menținerea bunurilor în familie, Noul Cod Civil interzice liberalitățile cu privire la amintirile de familie<sup>36</sup>, dispunând, la art. 1142 că moștenitorii pot ieși din indiviziune cu privire la ele numai prin partaj voluntar<sup>37</sup>, instituind un caz de coproprietate forțată<sup>38</sup>.

Considerăm că art. 1006 NCC<sup>39</sup> nu se va aplica, în principiu, substituțiilor fideicomisare deoarece s-ar ajunge mult prea ușor la eludarea voinței dispunătorului. În cazul instituției analizate, valoarea obligației de a remite bunul nu poate excede valoarea bunului care face obiectul liberalității (dacă valoarea bunului este mai mare decât cotitatea disponibilă a masei succesoriale a instituitului, diferența va reveni acestuia). Având în vedere că toate acestea se cunosc de la data încheierii actului juridic, nu credem că se poate invoca ulterior caracterul excesiv al obligației. Pe de altă parte, instituitul trebuie să administreze bunul, obligație cu privire la care ar putea invoca acest text de lege, deși, teoretic, administrarea înseamnă a obține un venit mai mare decât cheltuielile. Suntem de acord, totuși, că, practic, ar fi posibilă o asemenea ipoteză în care să se aplice textul de lege arătat.

Date fiind cele expuse mai sus, nu considerăm că substituția fideicomisară, în general, este permisă de lege (doar substituția fideicomisară simplă, care, în opinia noastră, este o instituție diferită). De asemenea, nu credem că substituția fideicomisară simplă este o excepție de la interdicția instituită de art. 993 NCC<sup>40</sup>. O considerăm, mai degrabă, o "substituție permisă", precum o numește doctrina franceză<sup>41</sup>, deși nu ni se pare riguros din punct de vedere științific. De fapt, credem că art. 993 NCC (care prevede că dispoziția prin care o persoană, denumită instituit, este însărcinată să administreze bunul sau bunurile care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui tert, denumit substituit, desemnat de dispunător, nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege) se referă la rezerva succesorală și substituția fideicomisară graduală. Dispoziția afirmă că substituțiile fideicomisare sunt permise când legea nu le interzice, adică în cazul în care depășesc rezerva succesorală<sup>42</sup> sau trec de gradul I. Avem în vedere faptul că denumirea marginală a articolului 993 este "Noțiune", fiind primul articol din cadrul secțiunii numite "Substituțiile fideicomisare", dar

relevăm faptul că art. 994 are denumirea marginală "Substituția fideicomisară", fapt care induce în eroare asupra definiției legale a instituției. Totuși, înțelegerea textelor este mai facilă cu ajutorul doctrinei și definițiilor date de aceasta. Credem, de asemenea, că substituția fideicomisară simplă este o aplicație a ipotezei de la art. 993, fiind permisă expres. Respectivul text de lege diferă de textul legal din vechiul Cod civil care reglementa interdicția substituțiilor fideicomisare. El arată doar că ceea ce legea interzice este interzis, iar ceea ce ea permite este permis. În același sens, nu suntem de acord nici cu opinia conform căreia în concepția Noului Cod Civil, ceea ce diferențiază substituția fideicomisară de liberalitatea prevăzută la art 993 NCC este momentul transferului bunului către substituit, în timpul vieții, sau la moartea instituitului<sup>43</sup>. Aceasta deoarece, după cum am arătat, textul art. 993 nu vorbește despre nicio liberalitate, ci despre un principiu de teoria generală a dreptului. Putem accepta ideea în cazul Codului civil francez<sup>44</sup>, al cărui art. 1048, prevede că o liberalitate poate fi afectată de condiția ca gratificatul să conserve bunurile să să le transmită *mortis causa* unui alt gratificat. Aceasta deoarece legea arătată prevede, în termeni simpli, faptul că unei liberalități i se poate atașa o sarcină, în timp ce legea română prevede că o liberalitate afectată de o condiție produce efecte doar dacă legea o permite. Deși cuvintele sunt aproximativ aceleași, sensul frazelor în ansamblu diferă.

## II. Ipoteze

Vom analiza natura juridică a substituției fideicomisare simple prin comparație cu alte instituții de drept civil, pentru ca, prin reliefaarea asemănarilor și deosebirilor cu acestea, să găsim trăsăturile caracteristice ale instituției și, în final, natura sa juridică.

1. Liberalitate cu sarcină. Cele două instituții nu se confundă, deși obligația de a transmite bunul are natura juridică a unei sarcini. Totuși nu putem afirma că retransmiterea bunului are caracter accesoriu, asemenea unei sarcini<sup>45</sup>, ci este o obligație care anihilează liberalitatea, făcând ca bunul să dispară din patrimoniul instituitului, iar nu o contraprestație în vederea liberalității.

2. Stipulație pentru altul<sup>46</sup>. Dacă substituția fideicomisară va fi inserată într-un contract de donație, iar nu într-un testament, acordul de voință ar prezenta similitudini cu instituția stipulației pentru altul. În cazul acesteia, din contractul dintre promitent și stipulant ia naștere, în mod direct<sup>47</sup>, un drept de sine stătător, în favoarea terțului beneficiar<sup>48</sup>, precum se întâmplă și în cazul donației cu sarcină în favoarea unui terț. Cele două instituții nu se confundă deoarece, chiar dacă am accepta că dreptul terțului beneficiar este afectat de un termen (suspensiv pentru substituit și extinctiv pentru instituit), reprezentat de decesul instituitului, el se naște direct în patrimoniul terțului beneficiar, fără să treacă nici măcar o clipă prin patrimoniul stipulantului<sup>49</sup>, spre deosebire de cazul substituției fideicomisare.

3. Legat sau donație cu termen. Am putea vorbi despre suprapunerea cu această instituție dacă termenul nu ar consta în moartea unei persoane. Atâta timp cât, chiar dacă liberalitatea prevede un termen, dacă el se confundă cu cel al morții unei persoane, va fi vorba despre o substituție fideicomisară. Totuși, uneori, în doctrină nu se face diferența dintre donația cu termen și substituția fideicomisară. În acest sens, s-a spus că a transmite are semnificația de predare, nu de transmitere a proprietății<sup>50</sup>. Nu putem fi de acord cu

acest punct de vedere întrucât predarea este un efect al transmiterii proprietății, iar dacă acceptăm că instituitul e proprietar al bunului, predarea bunului fără transmiterea proprietății nu constituie îndeplinirea voinței dispunătorului.

4. Donație sau legat condițional. Susținerea cum că ar fi vorba despre o proprietate sub condiție rezolutorie a fost combătută în doctrina franceză deoarece instituția substituției fideicomisare nu se confundă cu legatul dublu condițional<sup>51</sup>. Prin îndeplinirea condiției rezolutorii (decesul instituitului), s-ar considera că substituitul a fost proprietar de la momentul încheierii actului juridic, în timp ce instituitul pierde această calitate retroactiv. O astfel de instituție este evident diferită de substituțiile fideicomisare deoarece este de esența acestora ca proprietatea bunului să se transmită la substituit de la instituit, nu de la dispunător. Totuși, substituția fideicomisară simplă, în fapt, pentru instituit, este un legat condițional, iar condiția este ca el să supraviețuiască substituitului (în ipoteza în care nu există substituțiile vulgare prevăzute de art. 1000 NCC). Astfel, privind invers, din perspectiva ineficacității substituției fideicomisare, instituitul e gratificat<sup>52</sup> sub condiția arătată.

5. Uzufuct. Înainte de adoptarea Codului civil francez din 1804, a existat o dezbatere doctrinară cu privire la natura juridică a acestei instituții, unii autori considerând-o drept un uzufuct<sup>53</sup>. Desigur că azi nu se poate susține o asemenea teză deoarece, chiar dacă am accepta că instituitul ar avea uzufuctul unei mase patrimoniale, substituitul nu are un drept de nudă proprietate, având în vedere că, potrivit art. 996 alin (1) NCC, drepturile sale se nasc la moartea instituitului.

6. Mandat. Deși se aseamănă cu mandatul<sup>54</sup>, natura juridică a celor două instituții diferă. Deși, după cum chiar Noul Cod Civil prevede, substituitul dobândește bunul de la dispunător, nu de la instituit, nu se poate susține că instituitul este doar cel care încheie actul juridic pe seama dispunătorului deoarece el devine proprietar al bunului, iar, pe de altă parte, și el este beneficiarul direct al unei liberalități.

7. Depozit. De asemenea, deși se aseamănă cu depozitul<sup>55</sup>, substituția fideicomisară de gradul I nu se confundă cu el deoarece legătura instituitului cu bunul este mai profundă decât cea a depozitarului. Acesta din urmă trebuie doar să conserve bunul altuia, în timp ce instituitul trebuie să-l administreze ca pe bunul propriu.

8. Execuțiune testamentară. A-l considera pe instituit executor testamentar<sup>56</sup> nu este corect deoarece executorul este un simplu mandatar, calitate în care nu poate dobândi proprietatea bunurilor succesoriale<sup>57</sup>. Execuțiunea testamentară are natura juridică a unui mandat<sup>58</sup>, deci cele arătate acolo se vor aplica și cu privire la această instituție.

9. Fiducie. Pentru ca instituitul să nu exploateze excesiv bunul în defavoarea substituitului, Noul Cod Civil prevede, la art. 994 alin. (2) că instituitului i se aplică în mod corespunzător dispozițiile din prezentul cod referitoare la fiduciar. Art. 773 NCC arată că fiduciarul exercită drepturile care fac obiectul fiduciei în folosul unuia sau mai multor beneficiari, deși același instituit are și poziția juridică a unui gratificat printr-o liberalitate. O primă întrebare care se pune este aceea dacă se vor aplica dispozițiile art. 784 alin. (2) NCC, cu privire la remunerația instituitului. Opinia noastră este aceea că instituitul fiind proprietar, el culege fructele bunului, fructe în privința cărora, pe durata vieții instituitului, substituitul nu are niciun drept. Astfel obligației de administrare a bunului îi corespunde

dreptul de a fi remunerat. În afara fructelor bunului, credem că insituitul nu va avea niciun drept de remunerație, în ciuda prevederii cu titlu de principiu că se vor aplica prin analogie toate dispozițiile cu privire la fiduciar.

De asemenea, conform art. 783 NCC, fiduciarul are obligația de a da socoteală cu privire la acțiunile întreprinse de el. Va avea instituitul această obligație? Opinia noastră este că moștenitorii instituitului vor trebui să dea socoteală în numele său, dar conținutul acestei obligații diferă față de cea a fiduciarului. Credem că obligația va fi una de mijloace, iar nu de rezultat (se va urmări buna credință a insituitului în administrarea bunului). Instituitul administrează totuși bunul propriu, aspect în legătură cu care el nu ar trebui să dea socoteală. Pe de altă parte, beneficiarul final al administrării bunului nu este el. Mai mult, substituitul nu are niciun drept asupra profiturilor obținute din administrare. Date fiind acestea, considerăm că instituitul este obligat să administreze bunul astfel încât să nu-i diminueze valoarea, cu excepția uzurii normale. Substituitul trebuie să primească bunul într-o stare care să-i permită exploatarea normală, conform naturii sale. Instituitul nu poate fi obligat să aducă un spor de valoare bunului, în folosul substituitului. Date fiind acestea, considerăm că instituitul trebuie să administreze bunul cum crede de cuviință, obligația de administrare fiind stipulată, parțial, în interesul său, aspect pentru care nu trebuie să dea socoteală. Totuși, moștenitorii săi vor răspunde pentru stricăciunile aduse bunului de autorul lor, care afectează drepturile proprii ale substituitului asupra bunului. Cu alte cuvinte, substituitul trebuie să primească bunul în starea în care se afla la momentul liberalității (la care se adaugă, firește, uzura normală), sau, dacă bunul nu era administrat de către dispunător, el trebuie să primească un bun în stare medie, care să poată fi exploatat fără cheluieli suplimentare celor inerente actelor uzuale de administrare. În sprijinul acestora, facem trimitere la art. 1225 din Codul civil Québec (sursa de inspirație a legiuitorului român în materie), care arată că în exercitarea drepturilor și obligațiilor sale, instituitul trebuie să acționeze cu prudență și diligență, având în vedere drepturile substituitului. Chiar dacă legiuitorul român nu a preluat aceste dispoziții, ele reies firesc din natura și rațiunea instituției. Situația diferă în Codul civil Québec, care, la art. 1247 reglementează dreptul instituitului de a i se rambursa, cu dobânzi (care curg după transmiterea proprietății la substituit), cheltuielile efectuate fără a fi fost obligat la ele și cele obișnuite făcute în considerarea substituției. În plus, el are dreptul la rambursarea, proporțional cu durata dreptului său, a cheltuielilor obișnuite, utile, ale căror beneficii trec dincolo de această durată.

Apoi, credem că nu se vor aplica, în ciuda dispoziției art. 994 alin. (2) NCC, prevederile art. 788 NCC, care arată că dacă fiduciarul nu își îndeplinește obligațiile sau pune în pericol interesele care i-au fost încredințate, constituitorul, reprezentantul său sau beneficiarul poate cere în justiție înlocuirea fiduciarului. Aceasta deoarece substituția fideicomisară simplă, constituită prin donație sau testament, este revocabilă pentru neexecutarea sarcinii, adică i se va aplica sancțiunea specifică. Deci, în acest caz, dispoziția din materia fiduciei nu se aplică prin analogie, deși nu există un text legal expres. Soluția este impusă de rațiunea textelor.

În acord cu cele prezentate anterior, s-a arătat în doctrină că fiducia-liberalitate nu se confundă cu substituția fideicomisară întrucât fiduciarul, spre deosebire de instituit, nu este gratificat, fiind un simplu "intermediar de transmitere", căci, deși devine proprietar al

bunurilor, aceasta nu are loc datorită intenției de a gratifica, ci în scopul administrării bunurilor în interesul gratificatului, care le va primi ulterior ca unic beneficiar al liberalității<sup>59</sup>.

De asemenea, arătăm că premisa de la care pornește contractual de fiducie este aceea a nevoii de a administra o masă patrimonială, ceea ce presupune acte de dispoziție cu privire la bunurile privite *ut singuli*. Este firesc faptul că pentru a obține profituri cât mai însemnate dintr-o masă patrimonială va trebui ca unele bunuri să fie înstrăinate. Or, actele de dispoziție sunt interzise instituitului, fapt pentru care afirmăm, din nou, că cele două instituții nu se confundă.

Totuși, ni se pare că fiducia<sup>60</sup> este apropiată de substituția fideicomisară de gradul I ca natură juridică, având în vedere că art. 997 NCC prevede că în vederea executării sarcinii, dispunătorul poate impune instituitului constituirea de garanții și încheierea unor contracte de asigurare. În plus, creditorii instituitului nu pot urmări bunul, considerat ca și cum nu ar fi al său. Mai mult, Noul Cod Civil prevede la art. 784 alin. (1) că în raporturile cu terții, se consideră că fiduciarul are puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare, acționând ca un veritabil și unic titular al drepturilor în cauză, cu excepția cazului în care se dovedește că terții aveau cunoștința de limitarea acestor puteri. Aceste elemente nu sunt însă suficiente pentru a susține că substituțiile fideicomisare simple au natura juridică a fiduciei, precum se întâmplă în cazul fideicomiselor în dreptul roman<sup>61</sup>.

10. Proprietate temporară. Aceasta pare cea mai ușor de acceptat ipoteză, în armonie cu schimbarea opticii asupra perpetuității dreptului de proprietate. Astfel, dat fiind că gratificatul are un drept temporar, nu se pune problema retroactivității, limită a ipotezei în care am considera natura juridică a substituției fideicomisare de gradul I drept un legat dublu condițional.

Deci, credem că natura dreptului instituitului este aceea a unui drept de proprietate actual și temporar<sup>62</sup>. În sprijinul acestei susțineri, invocăm, cu titlu de exemplu, dispozițiile Legii nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe care prevede, la art. 25 că anumite drepturi patrimoniale durează tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmit prin moștenire, potrivit legislației civile, pe o perioadă de 70 de ani, oricare ar fi data la care opera a fost adusă la cunoștința publică în mod legal. Art. 30 din același act normativ arată că drepturile patrimoniale asupra programelor pentru calculator durează tot timpul vieții autorului, iar după moartea acestuia se transmit prin moștenire, potrivit legislației civile, pe o perioadă de 70 de ani.

Deci, conceptul de drept dobândit prin moștenire limitat temporal nu este străin sistemului juridic românesc, el existând dinaintea intrării în vigoare a Noului Cod Civil.

### **Schimbări intervenite după încheierea liberalității**

Considerăm că natura juridică a actului juridic nu se schimbă din cauze ulterioare, intenția părților fiind aceeași, legea sancționând cu nulitatea voința exprimată, iar nu situația concretă care ar putea lua naștere. Astfel, dacă substituitul execută de bunăvoie dispozițiile dintr-o substituție fideicomisară graduală, aceasta nu devine fideicomis simplu (fără sancțiune juridică) deoarece intenția dispunătorului nu se schimbă prin acțiunile gratificatului.



O altă situație avută în vedere este reprezentată de dispozițiile privind aplicarea legii civile în timp. Art. 6 NCC prevede că actele juridice nule, anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate la data intrării în vigoare a legii noi sunt supuse dispozițiilor legii vechi, neputând fi considerate valabile ori, după caz, eficace potrivit dispozițiilor legii noi. În același sens, legea 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil prevede, la art. 4 că la data intrării în vigoare a Codului civil, actele juridice nule, anulabile sau afectate de alte cauze de ineficacitate, prevăzute de Codul civil din 1864, rămân supuse dispozițiilor legii vechi, neputând fi considerate valabile ori, după caz, eficace potrivit Codului civil sau dispozițiilor prezentei legi<sup>63</sup>. Așadar, nici modificarea legii civile nu produce efecte asupra naturii juridice a manifestărilor de voință. Totuși, nulitatea substituției fideicomisare nu va afecta întregul act juridic, doar partea din acesta care conține liberalitatea prohibită, cu excepția situației în care substituția fideicomisară reprezintă cauza întregului act. Prin astfel de reglementări s-a urmărit tocmai relevarea diferențelor dintre substituțiile fideicomisare graduale și cele simple, din perspectiva nașterii lor valabile, iar nu din cea a efectelor acestora.

### **Sanctiunea nerespectării prohibiției substituțiilor fideicomisare**

Date fiind cele arătate mai sus, considerăm că sancțiunea civilă aplicabilă substituțiilor fideicomisare graduale va fi nulitatea absolută, ele fiind prohibite implicit. Totuși, în concret, s-ar putea ca sancțiunea aplicată să fie restrângerea obligației de a transmite bunul în sarcina unei singure persoane, dacă voința dispunătorului va fi interpretată în sensul că esența intenției sale ar fi fost să creeze o substituție fideicomisară simplă, iar transmiterea bunului de către substituit, la rândul său, are natura unui fideicomis simplu, a unei rugăminți, neesențială pentru nașterea valabilă a liberalității. Acestea deoarece actul juridic trebuie interpretat în favoarea legatarului și în sensul în care produce efecte<sup>64</sup>. Subliniem că restrângerea obligației nu produce efecte asupra naturii actului juridic, aceasta fiind determinată de părți la momentul încheierii lui. Așadar, în ipoteza arătată se pune problema identificării tipului de substituție fideicomisară care s-a dorit a fi stipulată, iar apoi se stabilește regimul ei juridic. Nu suntem de acord cu ideea cum că restrângerea obligației de a transmite bunul poate avea aplicare generală în domeniu deoarece s-ar schimba natura juridică a substituției fideicomisare graduale într-una de gradul I, or, după cum am încercat să arătăm în această lucrare, aceasta ar fi o eroare întrucât manifestările de voință specifice fiecărui tip de substituție fideicomisară sunt diferite în esența lor, nu în ce privește efectele pe care le produc.

### **Concluzie**

Observăm că legiuitorul, în aplicarea principiului *summum ius, summa iniuria*, urmărește stabilirea unui echilibru între interesul public și cel privat, creând o instituție juridică nouă, *sui-generis*, care se referă la un drept de proprietate temporară. Reglementarea ei are loc în contextul schimbării unor norme juridice, odată cu schimbarea opticii asupra unor aspecte ale dreptului privat. Astfel, legiuitorul a admis substituția

fideicomisară simplă deoarece Noul Cod Civil permitea o asemenea liberalitate care, chiar dacă nu se bucura de o reglementare specială, prin elementele ei particulare, nu ar fi venit în conflict cu normele de ordine publică. Așadar, ea ar fi fost deci permisă în virtutea principiului libertății actelor juridice. Substituția fideicomisară simplă este aplicabilă unui număr limitat de ipoteze, dar, totuși, oferă o soluție unor probleme practice punctuale. Această nouă instituție juridică nu se confundă cu cea a substituțiilor fideicomisare graduale deoarece, după cum am observat mai sus, nu se mulează pe definiția ei, elementele constitutive fiind altele.

Date fiind cele arătate mai sus, nu suntem de acord cu opinia conform căreia Noul Cod Civil reformează substanțial materia substituțiilor fideicomisare<sup>65</sup>, ci credem mai degrabă că se reglementează o specie de liberalități, foarte asemănătoare cu acestea, care poartă același nume, dar care au un regim juridic destul de diferit.

---

\* Absolvent al Facultății de Drept a UBB Cluj-Napoca; horatiu.cota@yahoo.com.

<sup>1</sup> Convenim ca textele Noului Cod Civil să fie desemnate abreviat prin NCC.

<sup>2</sup> I. C. Cătuneanu, *Curs elementar de drept roman*, Ediția a 3-a, Editura Cartea Românească, Cluj, București, 1927, p. 577, Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, Ediția a 4-a, Editura Universul Juridic, București, 2011, pp. 221-222

<sup>3</sup> Vladimir Hanga, Mircea Dan Bob, *Curs de drept privat roman*, op. cit., p. 221-222

<sup>4</sup> Vladimir Hanga, *Drept privat roman: tratat*, Editura Didactică și Pedagogică, București, 1977, p. 341

<sup>5</sup> I. C. Cătuneanu, op. cit., p. 576

<sup>6</sup> I. C. Cătuneanu, op. cit., pp. 579-580

<sup>7</sup> Vladimir Hanga, *Drept privat roman: tratat*, op. cit., p. 342

<sup>8</sup> Ion M. Anghel, *Dreptul roman: (manual)*, Ediția a 2-a, Editura Lumina Lex, București, 2000, p. 371

<sup>9</sup> Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2002, p. 1255

<sup>10</sup> George Plastara, *Curs de drept civil român. Vol. 3: Succesiuni și liberalități*, Editura Cartea Românească, București, 1927, p. 686

<sup>11</sup> Ambroise Colin, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Librairie Dalloz, Paris, 1950, vol. III, p. 1003

<sup>12</sup> Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, op. cit., p. 1257

<sup>13</sup> Art. 1048-1049 Cod civil francez

<sup>14</sup> Curtea de Casație București în Chiril I. Alimănescu, *Despre fideicomis în dreptul roman și substituții fideicomisare*, Tipo-Litografia Societății "Tiparul", București, 1900, p. 38

<sup>15</sup> Art. 7 și 8 din Cap. XXXVI

<sup>16</sup> Art. 770 din Cap. X

<sup>17</sup> Art. 996 alin. (3) NCC prevede că substituitul nu poate fi, la rândul sau, supus obligatiei de administrare și de transmitere a bunurilor, în timp ce art. 993 NCC prevede că dispoziția prin care o persoană este însărcinată să administreze bunul sau bunurile care constituie obiectul liberalității și să le transmită unui terț nu produce efecte decât în cazul în care este permisă de lege.

<sup>18</sup> Dimitrie Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, Editura tipografiei ziarului "Curierul judiciar", București, 1898-1915, vol. IV, P II, p. 515

<sup>19</sup> Dimitrie Alexandresco, op. cit., vol. IV, P II, p. 514

<sup>20</sup> Dan Chirică, *Drept civil: succesiuni și testamente*, Editura Rosetti, București, 2003, p. 133

<sup>21</sup> Dan Chirică, op. cit., p. 134

<sup>22</sup> Francisc Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ediția a 2-a, Editura Universul Juridic, București, 2002, p. 295

<sup>23</sup> Francisc Deak, op. cit., p. 294

- <sup>24</sup> Art. 629 alin. (3) NCC dispune: Nu pot fi supuse urmării bunurile pentru care s-a stipulat inalienabilitatea, cât timp clauza produce efecte, dacă prin lege nu se prevede altfel.
- <sup>25</sup> Ion Rosetti Bălănescu, Alexandru Băicoianu, Constantin Hamangiu, *Tratat de drept civil român*, Editura All, București, 1998, vol III, p. 667
- <sup>26</sup> Dimitrie Alexandrescu, *op. cit.*, vol. IV, P II, p. 514
- <sup>27</sup> Art. 687 și urm.
- <sup>28</sup> Art. 957 alin. (1) NCC arată că o persoană poate moșteni dacă există la momentul deschiderii moștenirii.
- <sup>29</sup> Decesul instituitul anterior momentului când liberalitatea ar trebui să producă efecte atrage nulitatea ei în ansamblu, dat fiind că instituitul, gratificat fiind, este incapabil de a primi.
- <sup>30</sup> Art. 994 alin. (3) NCC arată că incapacitățile de a dispune se apreciază în raport cu dispunătorul, iar cele de a primi, în raport cu instituitul și cu substituitul.
- <sup>31</sup> Substituția vulgară constă într-o liberalitate făcută în favoarea a doi gratificați, dintre care unul principal, chemat în primul rând să culeagă liberalitatea, iar celălalt subsidiar, chemat să culeagă liberalitatea dacă gratificatul principal nu vrea sau nu o poate primi. Pentru detalii a se vedea Dan Chirică, *op. cit.*, p. 122
- <sup>32</sup> Dan Chirică, *op. cit.*, p. 125
- <sup>33</sup> Art. 2330 alin. (1) NCC prevede că dacă bunul grevat a pierit ori a fost deteriorat, indemnizația de asigurare sau, după caz, suma datorată cu titlu de despăgubire este afectată la plata creanțelor privilegiate sau ipotecare, după rangul lor, iar alin. (2) că sunt afectate plățile aceluiași creanțe sumele datorate în temeiul exproprierii pentru cauză de utilitate publică sau cu titlu de despăgubire pentru îngădiri ale dreptului de proprietate stabilite prin lege.
- <sup>34</sup> Art. 935 NCC prevede că oricine se află la un moment dat în posesia unui bun mobil este prezumat că are un titlu de dobândire a dreptului de proprietate asupra bunului, iar art. 936 NCC arată: cu excepția cazurilor prevăzute de lege, posesia de bună-credință a bunului mobil asigură opozabilitatea față de terți a actelor juridice constitutive sau translativ de drepturi reale.
- <sup>35</sup> Art. 628 alin (3) NCC: În cazul bunurilor mobile, sunt aplicabile, în mod corespunzător, regulile prevăzute pentru dobândirea proprietății prin posesia de bună-credință.
- <sup>36</sup> Art. 1141 alin. (1) NCC prevede că amintirile de familie sunt bunurile ce au aparținut membrilor familiei și stau măturie istoriei acesteia, iar alin. (2) că sunt incluse în această categorie bunuri precum corespondența purtată de membrii familiei, arhivele familiale, decorațiile, armele de colecție, portretele de familie, documentele, precum și orice alte bunuri cu semnificație morală deosebită pentru respectiva familie.
- <sup>37</sup> Art. 1142 alin. (2) NCC: În cazul în care nu se realizează partajul voluntar, bunurile care constituie amintiri de familie rămân în indiviziune.
- <sup>38</sup> Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2013, p. 232
- <sup>39</sup> Dacă, din cauza unor situații imprevizibile și neimputabile beneficiarului, survenite acceptării liberalității, îndeplinirea condițiilor sau executarea sarcinilor care afectează liberalitatea a devenit extrem de dificilă ori excesiv de oneroasă pentru beneficiar, acesta poate cere revizuirea sarcinilor sau a condițiilor.
- <sup>40</sup> Gabriel Boroi, Liviu Stănculescu, *Instituții de drept civil: în reglementarea noului Cod civil*, Editura Hamangiu, București, 2012, p. 605
- <sup>41</sup> Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français. Vol. 3: Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 1033, Yves Lequette, François Terré, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 3e édition, Dalloz, Paris, 1997, p. 459
- <sup>42</sup> Art. 998 NCC: Dacă instituitul este moștenitor rezervatar al dispunătorului, sarcina nu poate încălca rezerva sa succesorală.
- <sup>43</sup> Gabriel Boroi, Liviu Stănculescu, *op. cit.*, p. 605

- <sup>44</sup> Deși se revendică de la Codul civil al provinciei canadiene Québec, legiuitorul român traduce, în fapt dispozițiile art. 1048-1056 ale Codului Civil francez.
- <sup>45</sup> Dan Chirică, *op. cit.*, p. 170
- <sup>46</sup> Stipulația pentru altul este un contract sau o clauză într-un contract, prin care o parte, numită promitent, se obligă față de cealaltă, numită stipulant, să execute o prestație în favoarea unei alte persoane, străină de contract, numită terț beneficiar. Pentru detalii, a se vedea Liviu Pop, Ionut-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Editura Universul Juridic, București, 2012, pp. 208-9
- <sup>47</sup> Art. 1284 alin. (2) NCC prevede că prin efectul stipulației, beneficiarul dobândește dreptul de a cere direct promitentului executarea prestației.
- <sup>48</sup> Liviu Pop, Ionut-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *op. cit.*, p. 211
- <sup>49</sup> Liviu Pop, Ionut-Florin Popa, Stelian Ioan Vidu, *op. cit.*, p. 213
- <sup>50</sup> Iliora Genoiu, *Substituțiile fideicomisare și liberalitățile reziduale în reglementarea Noului Cod civil*, în Revista română de drept privat nr. 3/2012, p. 149
- <sup>51</sup> Louis Josserand, *op. cit.*, p. 1041
- <sup>52</sup> Art. 1000 NCC: Atunci când substituitul precedea instituitului sau renunță la beneficiul liberalității, bunul revine instituitului, cu excepția cazului în care s-a prevăzut că bunul va fi cules de moștenitorii substituitului ori a fost desemnat un al doilea substituit.
- <sup>53</sup> Jean-Philippe Lévy, André Castaldo, *op. cit.*, p. 1256
- <sup>54</sup> Art. 2009 NCC: Mandatul este contractul prin care o parte, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama celeilalte părți, numită mandant.
- <sup>55</sup> Art. 2103 alin. (1) NCC: Depozitul este contractul prin care depozitarul primește de la deponent un bun mobil, cu obligația de a-l păstra pentru o perioadă de timp și de a-l restitui în natură.
- <sup>56</sup> Executorul testamentar este persoana desemnată prin testament pentru a-l reprezenta *post-mortem* pe testator, asigurând aducerea la îndeplinire a ultimelor dotințe ale acestuia exprimate cu respectarea condițiilor de validitate prevăzute de lege. Pentru detalii a se vedea Dan Chirică, *op. cit.*, p. 274
- <sup>57</sup> Dan Chirică, *op. cit.*, p. 129
- <sup>58</sup> Dan Chirică, *op. cit.*, p. 275
- <sup>59</sup> Dan Chirică, *op. cit.*, p. 128
- <sup>60</sup> Art. 773 NCC: Fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciari care le exercită cu un scop determinat, în folosul unuia sau mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarelor.
- <sup>61</sup> Ernest Roguin, *Traité de droit civil comparé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1912, vol. IV, pp. 73-74
- <sup>62</sup> Louis Josserand, *op. cit.*, p. 1041
- <sup>63</sup> Dat fiind că art. 91 din Legea 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil prevede că moștenirile deschise înainte de intrarea în vigoare a Codului civil sunt supuse legii în vigoare la data deschiderii moștenirii, deci vechiului Cod civil, dispozițiile art. 6 alin. (3) NCC reglementează situația când moștenire se deschide după data intrării în vigoare a Noului Cod Civil. Astfel, se prevede o excepție de la principiul conform căruia legea aplicabilă moștenirii este cea în vigoare la data deschiderii ei.
- <sup>64</sup> Dan Chirică, *op. cit.*, p. 214
- <sup>65</sup> Iliora Genoiu, *op. cit.*, p. 163

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **APLICAREA PRINCIPIULUI INTERESULUI SUPERIOR AL COPILULUI DE CĂTRE CURTEA CONSTITUȚIONALĂ A AFRICII DE SUD ÎN CADRUL LUĂRII MĂSURII CONFISCĂRII UNUI IMOBIL CU DESTINAȚIE DE LOCUINȚĂ CE A SERUIT LA SĂVÂRȘIREA UNOR INFRAȚIUNI DE CĂTRE PĂRINȚII UNOR MINORI: O DISCUȚIE A CAZULUI VAN DER BURG AND ANOTHER V NATIONAL DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTIONS AND ANOTHER 2012 (2) SACR 331 (CC)**

**Meda COUZENS\***

**Abstract: The best interests of the child in the view of the South African Constitutional Court.**  
*In Van der Burg and Another v National Director of Public Prosecutions and Another 2012 (2) SACR 331 (CC), the South African Constitutional Court applied the best interests of the child provision provided for in the South African Constitution in deciding on the forfeiture of an imobil used by the parents of three minor children for illegally selling alcohol. This case shows the powerful impact of the best interests of the child when applied in areas of law which are not directly connected with the protection of the child. Much of the strength of this constitutional principle comes from the generous approach taken by the courts to its interpretation. This gives the South African constitutional jurisprudence a child-friendly imprimatur, which deserves to be emulated. The present note contains a summary and a brief analysis of the decision in its aspects relevant to the application by the Court of the best interests of the child. In the conclusions, the author prompts Romanian jurists to explore a few aspects pertaining to the judicial application of the best interests of the child principle, with a view to stimulating its jurisprudential development in Romania*

#### **1 Introducere**

O notă de caz anterioară<sup>1</sup> prezenta decizia *S v M* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*)<sup>2</sup> (*S v M*) a Curții Constituționale a Africii de Sud, în care această instanță a decis că interesul superior al copilului este un factor ce trebuie luat în considerare la individualizarea pedepsei inculpatului ce are în îngrijire copii minori. În acea decizie, Curtea a analizat în detaliu aplicarea principiului interesului superior al copilului de către instanțe, și rolul acestuia în aplicarea legii de către instanțe<sup>3</sup>. Cazul este important din câteva privințe. Fără a intra în detalii, merită amintit că Curtea a decis, cu valoare generală, că instanțele au obligația de a lua în considerare interesul superior al copilului în toate deciziile care îi privesc pe copii, și să acorde acestui interes valoarea importantă pe care acesta o merită<sup>4</sup>. Reiese clar din hotărârea Curții că acordarea unei atenții primordiale interesului superior

al copilului nu înseamnă că interesul acestuia va prevala în toate litigiile. Instanțele au însă obligația de a lua în considerare interesul superior al copilului, de a stabili cu ce interese sau drepturi acesta vine în conflict și de a cântări aceste conflicte contradictorii, urmând a da importanța cuvenită interesului superior al copilului<sup>5</sup>. În *S v M* instanța a luat în considerare interesul superior al copilului într-un litigiu care nu îi implica în mod nemijlocit pe copii, deși îi privea în sensul secțiunii 28(2) a Constituției Republicii Africii de Sud<sup>6</sup>. Curtea a hotărât în acest sens întrucât interesele copiilor puteau fi serios afectate în cazul în care instanța ar fi decis să impună o pedeapsă cu privarea de libertate a părintelui ce asigura creșterea și îngrijirea zilnică a copiilor. Mai departe, instanța a decis că interesele și drepturile copiilor trebuie analizate și evaluate în mod independent de cele ale părinților, și că minorii nu trebuie să suporte urmările faptelor comise de părinți<sup>7</sup>. Drept consecință, atunci când intervenția coercitivă a statului poate rezulta într-o rupere inevitabilă a vieții de familie și privarea de grija părinților, statul are obligația de a atenua consecințele negative ale intervenției sale în privința copiilor<sup>8</sup>.

Această decizie a exercitat o influență majoră în jurisprudența sud-africană. Prezenta notă conține o discuție a cazului *Van der Burg and Another v National Director of Public Prosecutions and Another* 2012 (2) SACR 331 (CC) (*Van der Burg*)<sup>9</sup>, caz în care impactul deciziei din *S v M* este pe deplin resimțit. În acest caz, instanțele s-au confruntat din nou cu aplicarea principiului interesului superior al copilului în cazul unor măsuri coercitive împotriva părinților. Acest caz ilustrează consecințele pozitive ale interpretării generoase a conținutului juridic al principiului, forța sa juridică și potențialul său de a impulsiona dezvoltarea unei jurisprudențe care să aibă în centrul său interesele copilului. Deși hotărârea instanței conține o analiză detaliată a legislației penale aplicabile în acest caz, această notă se va concentra numai pe aspectele privind situația minorilor, respectiv sfera de aplicare a interesului superior al copilului, aspectele procedurale ale invocării acestuia și administrarea materialului probator pe baza căruia acesta se stabilește. Considerăm că aceste aspecte sunt demne de atenție întrucât pot oferi juriștilor români surse de inspirație pentru dezvoltarea în continuare a acestui principiu elusiv, dar care încapsulează dorința legiuitorului de a oferi o protecție specială drepturilor și intereselor copiilor. Deși cele două sisteme de drept - roman și sud-african - aparțin unor tradiții juridice diferite, ele au în comun ratificarea Convenției ONU cu privire la drepturile copilului, 1989, care consacră principiul interesului superior al copilului<sup>10</sup>, și traspunerea expresă în legea națională a acestui principiu<sup>11</sup>.

Articolul debutează cu o scurtă expunere a cazului și a raționamentului juridic al instanței în privința drepturilor copilului, urmate de o analiză mai detaliată a modului în care instanța a aplicat principiul interesului superior al copilului. În partea a patra vom discuta câteva aspecte ale hotărârii, care ridică probleme de drept legate de sfera de aplicare și forța juridică ale principiului interesului superior al copilului. Concluziile notei ridică câteva aspecte asupra cărora, după părerea noastră, practicienii și cercetătorii români interesați de drepturile copilului merită să reflecte în vederea dezvoltării jurisprudențiale a drepturilor copilului, și în special a conținutului legal al principiului interesului superior al copilului.

## 2 Scurt rezumat al stării de fapt

Din anul 2000 până în 2008, apelanții, părinți a trei copii minori, au vândut ilegal alcool la locuința care constituia reședința familiei. Locuința servea și drept local pentru consumarea băuturilor alcoolice de către clienții apelanților. În pofida avertismentelor repetate și a altor măsuri luate de către organele de aplicare a legii<sup>12</sup>, apelanții nu au încetat săvârșirea activității ilicite. Având în vedere că măsurile luate nu au dat rezultate, procurorii au cerut instanței confiscarea locuinței familiei, cerere soluționată favorabil de către instanța de fond. Apelanții au formulat apel împotriva hotărârii la Curtea Constituțională. În motivele de apel, apelanții au susținut ca legislația în baza căreia s-a dispus confiscarea nu era aplicabilă în speță și că măsura confiscării nu a fost proporțională cu fapta comisă<sup>13</sup>.

Centrul pentru Drepturile Copilului (the Centre for Child Law) al Universității din Pretoria a fost admis ca *amicus curiae* de către Curtea Constituțională și a ridicat problema luării în considerare a interesului superior al copiilor în dispunerea confiscării locuinței familiei. Era pentru prima dată în cursul litigiului când interesul superior al copilului era invocat în fața instanțelor<sup>14</sup>. *Amicus* a indicat că secțiunea 28(2) din Constituția Republicii Africii de Sud, 1996 (Constituția), așa cum aceasta a fost interpretată în *S v M*, creează o obligație pentru instanțe de a lua în considerare interesele copiilor în toate deciziile care îi privesc, și că o aplicare adecvată a secțiunii de mai sus impunea numirea unui curator *ad litem* care să prezinte instanței informații despre situația copiilor și felul în care aceștia ar putea fi afectați de hotărârea de confiscare a locuinței<sup>15</sup>. Conform argumentului prezentat de *amicus*, în absența numirii unui curator, instanța de fond nu a respectat obligațiile de mai sus neavând suficiente informații despre impactul confiscării locuinței asupra copiilor.

Curtea a respins apelul, considerând că locuința a fost instrumentală în săvârșirea activității ilicite, și că măsura confiscării a fost justificată de gravitatea faptelor și de refuzul repetat al apelanților de a sista săvârșirea activității ilegale. În privința intereselor minorilor afectați de confiscarea locuinței, instanța nu a împărtășit argumentele prezentate de *amicus*. În acest sens, a decis că instanța de fond a luat în considerare interesele copiilor în dispunerea confiscării, chiar și în absența unui curator *ad litem*. Raționamentul juridic al instanței în privința aplicării principiului interesului superior al copilului este prezentat mai jos.

## 3 Raționamentul juridic al instanței în privința aplicării principiului interesului superior al copilului

Instanța a reamintit poziția sa exprimată în *S v M* în sensul că secțiunea 28(2) a Constituției cere ca atunci când legea este aplicată cu efect coercitiv instanțele trebuie să acorde atenția cuvenită intereselor copiilor<sup>16</sup>. În cazul în care copiii apelanților vor fi afectați de confiscarea locuinței, instanța trebuie să le ia în considerare interesele atunci când decide măsura confiscării<sup>17</sup>. Din cauza vulnerabilității copiilor, “nevoile lor și impactul social și economic al circumstanțelor concrete diferă în intensitate față de efectul aceluiași circumstanțe asupra adulților și merită atenție separată și explicită”<sup>18</sup>.

În consecință, instanța a decis să se aplece asupra următoarelor aspecte: cine trebuie să invoce interesele minorilor afectați de măsura confiscării (părinții, procurorii

sau instanța); dacă interesele copiilor trebuie luate în considerare atunci când instanța evaluează proporționalitatea măsurii confiscării; și dacă în cazul de față se impunea numirea unui curator *ad litem* care să evalueze situația minorilor înainte de luarea deciziei de a confisca și care să asigure reprezentarea legală separată a intereselor copiilor<sup>19</sup>.

În privința invocării principiului interesului superior al copilului, Curtea a precizat că deși este de așteptat ca părinții să invoce interesele minorilor, instanțele au obligația de a lua în considerare interesele acestora chiar atunci când părinții nu le-au invocat<sup>20</sup>. În virtutea prevederilor constituționale, instanțele au obligația de a respecta drepturile copiilor, și să dea atenție primordială interesului lor superior, în toate litigiile care îi afectează, inclusiv în cazul confiscării unui imobil care constituie locuința acestora<sup>21</sup>. Procurorii trebuie să asiste instanța cu toate informațiile relevante pe care le au la dispoziție<sup>22</sup>. Conform instanței, “omisiunea părinților de a sublinia interesele copiilor lor, sau posibila manipulare a situației copiilor pentru a servi obiectivelor părinților, nu poate fi ținută împotriva copiilor”<sup>23</sup>.

În privința acordării unei importanțe primordiale interesului superior al copilului în evaluarea proporționalității măsurii confiscării, instanța a decis că posibilitatea părinților și a copiilor de a rămâne fără locuință ca urmare a confiscării este un factor ce trebuie luat în considerare la stabilirea proporționalității măsurii confiscării<sup>24</sup>. În acest caz, datorită faptului că apelanții aveau și alte surse de venit în afara vânzării ilicite de alcool, nu exista riscul ca părinții să nu poată asigura o locuință copiilor<sup>25</sup>. În continuare, instanța a mai arătat că interesele copiilor nu sunt doar un factor în analiza de proporționalitate, ci ele trebuie să fie analizate și separat întrucât ar putea impune luarea unor măsuri distincte și independente de măsura confiscării<sup>26</sup>. În acest sens, instanța și-a exprimat îngrijorarea cu privire la efectul asupra copiilor a activității ilegale a părinților (expunerea prelungită la consumul excesiv de alcool și a comportamentului pe care acesta îl creează)<sup>27</sup>. În opinia Curții, copiii apelanților “trăiesc în și sunt expuși unor circumstanțe care pot afecta serios bunăstarea lor fizică, mentală și socială”<sup>28</sup>. Conform secțiunii 150 a Actului Copiilor 38 din 2005 (Children’s Act 38 of 2005), aceasta este una dintre situațiile în care copiii ar putea avea nevoie de ocrotirea statului<sup>29</sup>. Secțiunea 47(1) a aceluiași act cere instanțelor de orice natură și în cursul oricărui litigiu să dispună efectuarea unei anchete sociale în privința minorilor în cazul în care instanțele constată că sunt indicii că minorii ar putea avea nevoie de ocrotirea statului<sup>30</sup>. În baza prevederii de mai sus, instanța a considerat că are îndatorirea de a cere întocmirea unei anchete sociale care să stabilească dacă minorii au nevoie de ocrotirea statului<sup>31</sup>.

Ultima chestiune de drept pe care instanța a trebuit să o decidă în privința copiilor a fost necesitatea numirii unui curator *ad litem*. Instanța a subliniat că în acest caz deși interesele copiilor și ale părinților erau similare (copiii și părinții aveau interesul de a păstra casa ce a constituit locuința familială), existau și interese potențial conflictuale, ca de exemplu faptul că îngrijirea acordată de părinți în speță părea a nu fi în interesul copiilor<sup>32</sup>. Pentru a stabili dacă minorii aveau nevoie de asistență juridică separată, instanța a hotărât că numirea unui curator *ad litem* va fi excepțională, și se va face dacă instanța de fond nu are suficiente date pentru a permite evaluarea situației și a intereselor minorilor, sau dacă datele existente nu sunt adecvate<sup>33</sup>. Pentru ca aceste condiții nu au fost îndeplinite, instanța nu a considerat necesară numirea unui curator în acest caz.



#### 4 Analiza raționamentului juridic al instanței

Câteva aspecte ale deciziei în cazul *Van der Burg* ar putea prezenta interes pentru juriștii români, respectiv sfera de aplicare a principiului interesului superior al copilului, invocarea acestui principiu în cadrul procesual, informațiile pe baza cărora se stabilește interesul superior al copilului și prezentarea acestor informații instanței.

##### 4.1. Sfera de aplicare a principiului interesului superior al copilului

La fel ca și în *S v M*, în *Van der Burg* interesul superior al copilului a fost luat în considerare de către instanță într-un litigiu care nu îi privea în mod direct pe copii, dar al cărui rezultat ar fi putut, fără îndoială, să îi afecteze. Această aplicare a fost posibilă datorită statutului constituțional al principiului și a faptului că în virtutea secțiunii 8(1) a Constituției,<sup>34</sup> instanțele, la fel ca și organele legislative sau executive, au obligația de a promova și proteja drepturile omului, inclusiv pe cele ale copilului<sup>35</sup>. În continuare, această aplicare a fost facilitată de formularea generoasă a secțiunii 28(2) a Constituției, care cere ca interesului superior al copilului să i se acorde importanță primordială în orice decizii care îi privesc pe copii. Instanțele au luat act de faptul că deciziile care îi afectează pe copii nu se limitează doar la dreptul familiei sau ocrotirea copilului, decizând așadar să țină cont de interesul superior al copilului inclusiv în litigii din ramuri de drept care nu au ca scop principal protejarea intereselor copilului sau a drepturilor sale. În *S v M* instanța a remarcat că generalitatea secțiunii 28(2) a Constituției creează pericolul extinderii excesive a aplicării interesului superior al copilului, întrucât puține decizii nu au vreun impact asupra copiilor<sup>36</sup>. Nici în *S v M* și nici în *Van der Burg* instanța nu a elaborat criterii generale pe baza cărora să se stabilească în ce decizii interesul superior al copilului trebuie luat în considerare și în ce decizii aplicarea acestuia nu se impune. Cert este că în *Van der Burg* instanța a hotărât că interesul superior al copilului – acela de a pastra locuința unde se desfășoară viața sa de familie - trebuie luat în considerare la luarea măsurii confiscării imobilului cu destinație de locuință ce a folosit la comiterea unei activități ilicite de către părinți.

Din punctul de vedere al aplicării judiciare a principiului interesului superior al copilului, jurisprudența sud-africană este un model de bune practici. Printre altele, instanțele au fost dispuse să constate că drepturile sau interesele minorilor sunt afectate nu numai de decizii care îi privesc evident, direct și exclusiv dar și în situații în care impactul asupra intereselor copiilor este mai puțin evident, însă la fel de important. Alături de *S v M* și *Van der Burg*, un alt exemplu ar putea clarifica afirmația de mai sus. În *Allpay Consolidated Investment Holdings (Pty) Ltd and Others v Chief Executive Officer of the South African Social Security Agency and Others*<sup>37</sup> (*AllPay*), o societate comercială a susținut că licitația pentru achiziții publice care avea ca obiect efectuarea plății de ajutoare sociale către beneficiari s-a derulat ilegal, motiv pentru care a solicitat anularea sa. Plata acestor ajutoare sociale includea plata de alocații de stat pentru copiii din familiile foarte sărace, precum și granturi de tip *foster*. Conform argumentelor prezentate de *amicus* (the Centre for Child Law) mai mult de zece milioane de copii ar fi putut fi serios afectați dacă contractul de achiziții publice ar fi fost anulat<sup>38</sup>. Consecința anulării contractului ar fi fost întârzierea plății unor sume esențiale pentru

famiile sărace, care le permitea acestora asigurarea necesităților zilnice pentru copiii aflați în întreținere. Instanța de fond a constatat ilegalitatea procesului de achiziții publice, dar invocând, printre altele, interesul superior al copilului din secțiunea 28(2) a Constituției, a menținut contractul de achiziții publice, considerând ca anularea acestuia ar avea consecințe dezastruoase asupra beneficiarilor ajutorului de stat, deci inclusiv a copiilor. Deși decizia nu este la adăpost de orice critică (în prezent cauza fiind pe rolul Curții Constituționale pentru judecarea apelului) ea ilustrează disponibilitatea instanțelor de a lua în considerare impactul deciziilor lor, prin prisma interesului superior al copilului.

Spre deosebire de *S v M*, în *Van der Burg* interesul societății în prevenirea săvârșirii de infracțiuni a prevalat asupra intereselor copiilor afectați de litigiu. Se observă că deși instanța nu a dat prioritate absolută intereselor copiilor, a luat aceste interese în considerare, aplecându-se asupra modului în care copiii ar putea fi afectați de confiscarea locuinței. În fapt, în cauza *Van der Burg*, instanța nu a fost nevoită să soluționeze un conflict dificil între interesele copiilor și cele ale societății întrucât părinții aveau mijloace financiare care să le permită asigurarea locuinței copiilor. Instanța a confirmat așadar jurisprudența sa anterioară conform căreia părinții sunt primii responsabili pentru asigurarea celor necesare traiului copiilor lor<sup>39</sup>, statul având doar o obligație subsidiară, de garanție<sup>40</sup>. Mai dificilă ar fi fost situația în care părinții nu ar fi putut asigura o altă locuință copiilor. Deși legea sud-africană prevede diverse mijloace de ajutor pentru copiii ai căror părinți nu au venituri sau au venituri foarte mici, de cele mai multe ori, și mai ales în mediul urban, un asemenea ajutor este insuficient pentru asigurarea unei locuințe<sup>41</sup>. Desigur, există alternativa luării copiilor în grija statului, însă oportunitatea plasării acestora în îngrijire alternativă ar putea fi chestionată, în condițiile în care ambii părinți sunt capabili și doresc să-și îngrijească copiii<sup>42</sup>. Ar fi necesar ca în aceste condiții, serviciile de protecție socială să ia măsuri urgente care să răspundă situației de criză în care se afla familia, urmând ca apoi o soluție de lungă durată să se gasească împreună cu membrii familiei.

Efectul confiscării locuinței este ieșirea acesteia din patrimoniul părinților și deci din folosința familiei. Se poate pune deci întrebarea în ce măsură trebuie avut în vedere interesul superior al copilului și în alte situații în care un bun însemnat iese forțat din patrimonial familial, cu posibile consecințe negative grave asupra copiilor. O astfel de situație este, spre exemplu, aceea a executării silite a unui imobil ce constituie locuința familiei în vederea achitării unor debite acumulate de părinți. În acest context problema principală este că prin executarea silită statul asigură protejarea unor interese legitime ale creditorului. Întrebarea care se ridică este în ce măsură interesul superior al copilului este opozabil terților, persoane fizice sau juridice private. Opozabilitatea principiului în privința statului nu poate fi contestată, statul asumându-și obligația respectării interesului superior al copilului<sup>43</sup>. Acest aspect este pe deplin reflectat în jurisprudența instanțelor care, de exemplu, confruntate cu aplicarea legii penale în privința părinților, au luat măsuri de protecție a intereselor copiilor atunci când intervenția coercitivă a statului a dus la separarea părinților de copii și la întreruperea temporară a vieții lor de familie<sup>44</sup>. Însă, atunci când intervenția coercitivă a statului este exercitată în vederea protejării unor interese legitime private, situația este mai dificilă întrucât legea nu prevede o obligație generală (opozabilă și persoanelor fizice sau juridice private) de a respecta și promova interesul

superior al copilului. Până în prezent, instanțele sud-africane nu au luat în considerare drepturile copiilor când au autorizat vânzarea silită a unui imobil ce era utilizat drept locuință de către o persoană cu copii minori, deși în doctrină s-a formulat un argument în acest sens<sup>45</sup>. Se poate însă susține că obligația generală a statului de a acționa în scopul protejării și promovării interesului superior al copilului îl obligă pe acesta la luarea unor măsuri pozitive și în cazul în care ingerința în drepturile copilului poate fi cauzată de protejarea unor interese legitime private. În acest sens, statul va acționa ca un garant al interesului superior al copilului.

#### **4.2 Invocarea principiului interesului superior al copilului și impactul său asupra deciziei instanței**

În cauza *Van der Burg* instanța a luat decizia importantă conform căreia în absența invocării de către părinți a interesului superior al copilului în timpul unui litigiu în curs, acesta trebuie invocat din oficiu, de către instanță. Pentru un sistem acuzatorial de tradiție anglo-saxonă acesta este un aspect semnificativ, întrucât de regulă instanțele decid în exclusivitate în baza argumentelor pledate de către părți. În cazul discutat aici, curtea a stabilit că instanțele ce decid în chestiuni ce îi privesc pe copii trebuie să abandoneze rolul de arbitru detașat și să exercite un rol activ special pentru a preveni o situație în care interesele copiilor afectați de decizia instanței sunt neglijate. Acest rol activ este consacrat explicit în sfera protecției copilului, legea permițând, după cum arătam mai sus, oricăror instanțe și în cursul oricărui litigiu să constate că există indicii că minorii ar putea avea nevoie de ocrotirea statului, și să dispună efectuarea unei anchete sociale în acest sens<sup>46</sup>.

Este important de amintit că în *S v M*, Curtea Constituțională a decis că aplicarea interesului superior al copilului nu presupune ca intereselor sau drepturilor copiilor să li se acorde prioritate în toate circumstanțele, însă cere ca acestea să fie luate în considerare și să li se acorde atenția cuvenită. Într-adevăr, în *Van der Burg*, interesul societății de a controla activitățile ilicite ale apelanților a prevalat asupra interesului copiilor de a păstra locuința familială. Luarea în considerare a intereselor copiilor presupune ca instanța să aibă suficiente informații despre situația acestora pentru a îi permite o evaluare a modului în care o decizie îi poate afecta. Conform instanței, atunci când aceasta nu are suficiente informații sau când informațiile nu au calitatea adecvată, instanța va dispune numirea unui reprezentant legal pentru copii. Îndatorirea acestui reprezentant legal este aceea de a informa instanța cu privire la situația copiilor și de a exprima o opinie informată în privința interesului superior al copilului. Aprecierea instanței în privința interesului superior al copilului se va face deci în baza unor elemente probatorii concrete, prezentate de un reprezentant legal obiectiv. În acest fel se înlătură (sau diminuează) riscul manipulării interesului superior al copilului de către alți participanți la litigiu.

Alături de problema procedurală a invocării principiului interesului superior al copilului, cazul *Van der Burg*, la fel ca și *S v M*, ridică problema obținerii unui echilibru între protejarea interesului copiilor și alte interese legitime, în cazul nostru, interesul statului de a sancționa și preveni săvârșirea de infracțiuni. În jurisprudența sud-africană această problemă a fost depășită prin aplicarea unei clauze generale cu privire la limitarea drepturilor constituționale<sup>47</sup>. Consecința acestei poziții este că deși instanțele au obligația de a acorda o

importanță primordială intereselor copiilor, aceste interese nu vor prevala în toate cazurile<sup>48</sup>. Un element adițional care complică acest exercițiu de cântărire a intereselor legitime în cazuri precum cele de mai sus este faptul că activitatea ilegală a părinților contribuie într-o anumită măsură la atingerea adusă intereselor copiilor. În *Van der Burg*, ca și în *S v M*, instanța a stabilit însă că săvârșirea de activități ilegale de către părinți, și chiar încercarea acestora de a invoca interesele copiilor pentru a servi propriile interese, nu degreveză instituțiile statului de obligația de a lua în considerare, în mod independent, interesele copiilor.

## 5 Concluzii

Cazul *Van der Burg*, ca și cazul *S v M* discutat anterior, arată complexitatea interacțiunii principiului interesului superior al copilului cu ramuri de drept care nu au ca scop principal ocrotirea copilului sau a drepturilor sale. Această complexitate se datorează în principal a două aspecte. În primul rând, în aceste ramuri de drept interesul superior al copilului s-ar putea afla în conflict direct cu alte interese legitime pe care statul trebuie să le ocrotească. În al doilea rând, instanțele se pot afla în dificultate în privința aplicării acestui principiu, care, cel puțin în forma sa tradițională aplicată în domeniul dreptului familiei și a ocrotirii copilului, impune acordarea priorității intereselor copilului față de alte interese concurente.

Poziția instanțelor sud-africane, bazată pe secțiunea 28(2) din Constituția Africii de Sud, este aceea că interesul superior al copilului se aplică tuturor deciziilor care îi privesc pe copii, luate de către instanțe în orice ramură de drept, atunci când aceste decizii îi pot afecta pe copii, direct sau indirect. Statuând că interesul superior al copilului are valoare de drept constituțional de sine-stătător, instanțele au decis că în unele circumstanțe acestuia nu i se poate acorda prioritate, el putând fi limitat ca orice alt drept din Constituție. Este posibil ca această abordare să explice ușurința aplicării judiciare a interesului superior al copilului și sfera vastă de aplicare ce i-a fost recunoscută de către instanțe.

Cazul *Van der Burg* confirmă poziția anterioară a instanțelor în sensul că părinții sunt primordial responsabili pentru asigurarea necesităților zilnice ale copiilor lor, inclusiv locuința, și că statul acționează doar ca un garant al respectării îndatoririlor părintești, intervenind atunci când acestea nu se exercită conform legii. În continuare, cerința ca aprecierea interesului superior al copilului să fie făcută în baza unor elemente concrete prezentate instanței, uneori de către reprezentantul legal separat al copilului, sporește obiectivitatea deciziei în acest sens. Se înlătură astfel, cel puțin parțial, posibilitatea manipulării interesului superior al copilului de către alți participanți la litigiu. Legat de aspectul speculării interesului superior al copilului de către părti, în *S v M* și *Van der Burg* Curtea a statuat clar că această posibilitate nu înlătură obligația instanțelor de a acorda atenția cuvenită interesului superior al copilului. Se confirmă așadar independența drepturilor și a interesului copiilor față de alte drepturi și interese conexe, în special ale părinților, urmarea fiind aceea că minorii sunt protejați într-o anumită măsură împotriva consecințelor negative ce rezultă, în virtutea legii, din faptele comise de păriții lor.

Din perspectivă comparativă, cazurile *S v M* și *Van der Burg* invită juristul roman la explorarea câtorva întrebări importante, ca de exemplu: Care este sfera de aplicare a principiului interesului superior al copilului, așa cum acesta este reglementat în Legea 272/2004 privind

protecția și promovarea drepturilor copilului<sup>49</sup>? În ce litigii se aplică principiul interesului superior al copilului? Doar în cauzele legate direct și exclusiv de drepturile copilului și protecția sa, sau și în litigii din ramuri de drept al căror scop principal nu este protecția copiilor sau a drepturilor lor? Ce înseamnă în mod concret a da satisfacție interesului superior al copilului conform Legii 272/2004, pe baza cărui material probator se stabilește și cine prezintă acest material instanței? Trebuie legea interpretată în sensul că interesul copiilor prevalează în toate deciziile care îi privesc și în orice tip de litigiu? Explorarea acestor întrebări este necesară pentru a obține o mai bună înțelegere a potențialului pe care principiul interesului superior al copilului îl are ca instrument de protecție a drepturilor copiilor în România.

<sup>1</sup> Meda Couzens: "Interesul superior al copilului ca factor de individualizare a pedepsei aplicate unei persoane condamnate: Experiența sud-africană" 2012 *SUBB Jurisprudentia* 52.

<sup>2</sup> 2008 (3) SA 232 (CC). Decizia poate fi accesată și pe site-ul Curții Constituționale <http://www.constitutionalcourt.org.za/site/judgments/judgments.htm> . Multe dintre deciziile instanțelor din Africa de Sud pot fi accesate pe site-ul Southern African Legal Information Institute <http://www.saflii.org.za/> .

<sup>3</sup> În articolul de la nota 1 de mai sus, se arată că prevederea constituțională ce protejează interesul superior al copilului în Constituția Republicii Africii de Sud, 1996 (Constituția), respectiv secțiunea 28(2), îndeplinește trei funcții: de interpretare a altor drepturi constituționale aparținând copiilor; de stabilire a conținutului și limitelor altor drepturi constituționale și de drept de sine-stătător. Amintim aici ca textul secțiunii 28(2) prevede: "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child." ("Interesele superioare ale copilului au o importanță primordială în orice chestiune care îl privește pe copil". Traducerea aparține autoarei. Se menționa în articolul de mai sus că un element distinct al jurisprudenței sud-africane este acela că luarea în considerare cu prioritate a interesului superior al copilului este un drept de sine-stătător. Aceasta abordare, deși nu este la adăpost de critică (a se vedea Elsje Bonthuys: "The best interests of children in the South African Constitution" 2006 (20) *International Journal of Law, Policy and the Family* 23), a permis instanțelor să dezvolte un mecanism care conferă posibilitatea limitării prevalenței interesului superior al copilului asupra altor interese legitime, prin aplicarea clauzei generale de limitare a drepturilor fundamentale, prevăzută în secțiunea 36 a Constituției. A se vedea Meda Couzens *op cit* pg. 56 și referințele citate acolo.

<sup>4</sup> A se vedea în special *S v M*, paragraful 42.

<sup>5</sup> Jacqui Gallinetti "2kul2Btru: What children would say about the jurisprudence of Albie Sachs" 2010 (25) *Southern African Public Law* 108 pg. 118.

<sup>6</sup> A se vedea nota 3 de mai sus.

<sup>7</sup> În special *S v M*, paragraful 18.

<sup>8</sup> *S v M*, paragraful 20.

<sup>9</sup> Citație alternativă: CCT 75/11 [2012] ZACC 12. Decizia se poate accesa și pe site-ul Curții Constituționale (nota 2 mai sus).

<sup>10</sup> România a ratificat Convenția ONU în 1991, iar Africa de Sud a ratificat-o în 1995. Articolul 3(1) al Convenției ONU prevede, în varianta originală în limba engleză: "In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration". Traducerea oficială a art. 3 alin. 1 al Convenției ONU cu privire la drepturile copilului (republicată în M. Of. Partea I nr. 314 din 13.06.2001) prevede: "În toate acțiunile care privesc copiii, întreprinse de instituțiile de asistență socială publice sau private, de instanțele judecătorești, autoritățile administrative sau de organele legislative, interesele copilului vor prevala".

- <sup>11</sup> Legea 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului (cu modificările ulterioare) (Romania); secțiunea 28(2) a Constituției Republicii Africii de Sud, 1996; secțiunile 7 și 9 ale Actului Copiilor 38 din 2005 (Children's Act). Articolul anterior conținea o discuție mai detaliată a semnificației ratificării Convenției ONU în privința garantării interesului superior al copilului în legea națională, și o prezentare mai detaliată a reglementării constituționale a interesului superior al copilului în Africa de Sud. Întrucât aceste discuții nu vor fi repetate aici, a se vedea Meda Couzens *op cit*.
- <sup>12</sup> *Van der Burg*, paragraful 12 menționează cca 50 de intervenții ale poliției.
- <sup>13</sup> *Van der Burg*, paragraful 2.
- <sup>14</sup> În argumentele orale prezentate Curții Constituționale, apelanții au susținut că procurorii, ca organe ale statului, aveau obligația de a promova și proteja drepturile copiilor, iar confiscarea casei nu era în interesul superior al copiilor. *Van der Burg*, paragraful 65.
- <sup>15</sup> *Van der Burg*, paragraful 3.
- <sup>16</sup> *Van der Burg*, paragraful 62.
- <sup>17</sup> *Van der Burg*, paragraful 63.
- <sup>18</sup> *Ibidem*. Traducerea aparține autoarei.
- <sup>19</sup> *Van der Burg*, paragraful 67. În Africa de Sud instanțele desemnează drept curator *ad litem* avocați pledanți care reprezintă în instanță interesele copiilor, în special în situațiile în care drepturile sau interesele lor sunt în conflict cu alte drepturi sau interese legitime.
- <sup>20</sup> *Van der Burg*, paragraful 68.
- <sup>21</sup> *Ibidem*.
- <sup>22</sup> *Ibidem*.
- <sup>23</sup> *Ibidem*.
- <sup>24</sup> *Van der Burg*, paragrafele 58 și 69.
- <sup>25</sup> *Van der Burg*, paragraful 59.
- <sup>26</sup> *Van der Burg*, paragraful 70.
- <sup>27</sup> *Van der Burg*, paragraful 75.
- <sup>28</sup> *Van der Burg*, paragraful 77.
- <sup>29</sup> Secțiunea 150(1)(f).
- <sup>30</sup> *Van der Burg*, paragraful 76.
- <sup>31</sup> *Van der Burg*, paragraful 77. Trebuie indicat că instanța care dispune efectuarea anchetei sociale nu este în mod necesar instanța care va decide dacă minorul are nevoie de ocrotirea statului. Odată efectuată, ancheta socială se va remite instanței competente și specializate în problema ocrotirii copilului.
- <sup>32</sup> *Van der Burg*, paragraful 71.
- <sup>33</sup> *Van der Burg*, paragraful 72.
- <sup>34</sup> Aceasta prevede: "The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state." ("Bilul drepturilor se aplica la toate legile, și este opozabil organului legislativ, executivului, instanțelor și altor organe de stat". Traducerea aparține autoarei).
- <sup>35</sup> Secțiunea 28(2) a Constituției este parte a Bilului drepturilor, care constituie Capitolul 2 al Constituției.
- <sup>36</sup> *S v M*, paragraful 25.
- <sup>37</sup> [2012] ZAGPPHC 185 <http://www.saflii.org.za/za/cases/ZAGPPHC/2012/185.html> (accesat la 28 noiembrie 2012).
- <sup>38</sup> *AllPay*, paragraful 73.
- <sup>39</sup> *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC).
- <sup>40</sup> *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign* (No 2) 2002 (5) SA 721 (CC).
- <sup>41</sup> Statul plătește pentru fiecare copil cu vârsta sub 18 ani aflat în îngrijirea unei persoane sau familii cu venituri foarte mici suma de 290 ranzi sud-africani pe lună (echivalentul a cca 23 euro pe luna). Acest grant

- se numește "child support grant" și este reglementat de Actul pentru Asistență Socială 13 din 2004 (Social Assistance Act 13 of 2004 <http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=6795> accesat 4.08.2013).
- <sup>42</sup> În *Van der Burg* însă, activitatea infracțională a părinților a fost de așa natură încât să ridice întrebări asupra capacității lor de a-și crește copiii fără intervenția statului. Nu trebuie exclusă posibilitatea unei situații în care imobile cu destinație de locuință ar putea fi confiscate de către instanțe fără ca activitatea infracțională să fi avut vreun impact asupra bunăstării copilului. În opinia noastră, săvârșirea unei infracțiuni nu înseamnă în mod necesar că o persoană nu este un părinte bun. Desigur, tipul de infracțiune săvârșită va fi determinant în acest sens.
- <sup>43</sup> Considerăm că opozabilitatea principiului în privința statului nu poate fi contestată, statul asumându-și obligația respectării interesului superior al copilului în nenumărate rânduri, ca de exemplu, prin ratificarea Convenției ONU, consacrarea constituțională a interesului superior al copilului în secțiunea 28(2) a Constituției, adoptarea Actului Copiilor, care în secțiunile 7 și 9 reglementează aplicarea interesului superior al copilului în litigiile privind ocrotirea copilului.
- <sup>44</sup> *S v S* (Centre for Child Law as *Amicus Curiae*) 2011 (7) BCLR 740 (CC); *S v Howells* 1999 (1) SACR 675 (C). În *Van der Burg*, însă, instanța a evitat să decidă în privința vreunei obligații a statului față de copiii minori în cazul în care confiscarea locuinței de către stat ar fi rezultat în imposibilitatea părinților de a asigura o locuință copiilor lor, întrucât apelanții aveau alte surse de venit.
- <sup>45</sup> Cu toate acestea, un argument bine motivat în acest sens este construit de profesorul Lienne Steyn *Statutory regulation of forced sale of the home in South Africa* (teză de doctorat, Universitatea din Pretoria, 2012) pg. 97 <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-10022012-144930/unrestricted/00front.pdf> (accesat la 16 iulie 2013). În Capitolul 7 al acestei teze, autoarea analizează câteva sisteme de drept în care, printre altele, interesele copiilor sunt luate în considerare în procesul de vânzare silită a imobilului ce constituie locuința familiei.
- <sup>46</sup> A se vedea partea a treia a acestei note.
- <sup>47</sup> În unele cazuri, instanțele tratează interesul superior al copilului ca un drept de sine-stătător, care poate fi limitat în condițiile legii. Secțiunea 36(1) prevede că drepturile omului "pot fi limitate printr-o lege de aplicare generală în măsura în care limitarea este rezonabilă și necesară într-o societate deschisă și democratică bazată pe demnitatea umană, egalitate și libertate, luând în considerare toți factorii relevanți, incluzând (a) natura dreptului; (b) importanța scopului limitării; (c) natura și întinderea limitării; (d) relația dintre limitare și scopul său; și (e) (existent unor) măsuri mai puțin restrictive între limitare și scopul ei." Traducerea aparține autoarei. A se vedea în acest sens *Minister for Welfare and Population Development v Fitzpatrick and Others* 2000 (7) BCLR 713 (CC); *Sonderup v Tondelli and Another* 2001 1 SA 1171 (CC); *De Reuck v Director of Public Prosecutions (Witwatersrand Local Division) and Others* 2003 (12) BCLR 1333 (CC).
- <sup>48</sup> În compensație, Curtea Constituțională a stabilit că instanțele pot lua măsuri care să atenueze efectele intervenției statului în relația dintre copii și părinți.
- <sup>49</sup> În părțile relevante, art. 2 prevede: " (1) Prezenta lege, orice alte reglementări adoptate în domeniul respectării și promovării drepturilor copilului, precum și orice act juridic emis sau, după caz, încheiat în acest domeniu se subordonează cu prioritate principiului interesului superior al copilului. (2) Principiul interesului superior al copilului este impus inclusiv în legătură cu drepturile și obligațiile ce revin părinților copilului, altor reprezentanți legali ai săi, precum și oricăror persoane cărora acesta le-a fost plasat în mod legal. (3) Principiul interesului superior al copilului va prevala în toate demersurile și deciziile care privesc copiii, întreprinse de autoritățile publice și de organisme private autorizate, precum și în cauzele soluționate de instanțele judecătorești."

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **O PRIVIRE ISTORICĂ ASUPRA ABORDĂRII JURIDICE A BUNEI ȘI RELEI CREDINȚE ÎN CONTRACTE**

**Marius Ion FLOARE\***

*"Vai vouă, cărturarilor și fariseilor fățarnici! Că dați zeciuială din izmă, din mărar și din chimen, dar ați lăsat părțile mai grele ale Legii: judecata, mila și credința; pe acestea trebuia să le faceți și pe acelea să nu le lăsați!"*

Evanghelia după Matei 23:23

*"Pourquoi ont-ils fait de la Foi une déesse, et lui ont-ils consacré un temple et un autel? L'autel de la Foi est dans le coeur de quiconque est assez éclairé pour la posséder."*

Saint Augustin, La Cité de Dieu, vol. IV, p 19

#### **Abstract: A Historical View of the Legal Approach to Good Faith and Bad Faith in Contracts.**

*Good faith and bad faith in contracts are two intertwined concepts that have been with us at least since Roman times. Religious, social and ethical considerations have slowly dripped in the field of contracts and have gradually opened the formalistic contractual system of the ancient world to the realities of a more market-oriented and morally-conscious society. The fall of the Western Roman Empire brought to a halt the progress of the concept of good faith in contracts, the diminished contractual activity of the autarchic societies of the early Middle Ages having little use for such broad and abstract concepts as good faith and bad faith. The intellectual rebirth that was brought about by the rediscovery in the Western world of the Corpus Iuris Civilis of the emperor Justinian and the philosophical works of Plato and Aristotle gave a new direction to legal writing. The new systematic approach to law that was specific to the Medieval Roman Law, the Christian preoccupation with the avoidance of sin and the synthesis of Roman law with Greek philosophy and Christian concepts brought by Saint Thomas d'Aquino and the Spanish Late Scholastics meant that almost all contracts were considered good faith contracts and notions like fair price, distributive and commutative justice began to carry weight. The Northern Natural Law School of Hugo Grotius and Samuel Pufendorf and the French natural lawyers Jean Domat and Robert Pothier greatly influenced the vision of the first great Civil Code - the French Civil Code of 1804 - where good faith was considered a natural part of all contracts. The 19th century marked the insurgence of new concepts of freedom of contract and autonomy of the will that have temporarily sidelined the good faith/bad faith debate. The French literal reading of their newly adopted Code and the German school of Conceptual Jurisprudence were infertile ground for such broad concepts. Only in the late 19th century, with the emergence of the*



*theory of the abuse of rights and the German Free Law movement, a new life began for the broad and moralistic concepts of good faith and bad faith. The Germans considered the limited good faith provisions of their 1896-adopted Civil Code as a "safety valve" that allowed for new caselaw that filled the gaps left by the legislative power and adapted the Code to the new times. The late 20th century marks the dominion of the concept of good faith in European contract law.*

**Keywords:** good faith, bad faith, contracts, Roman Law, *ius commune*

Binomul inseparabil bună-credință/rea credință în materie contractuală a cunoscut o evoluție sinuoasă de-a lungul istoriei dreptului scris european, trecând prin faze de flux și reflux, desemnând realități diverse de-a lungul timpului și fiind promovat sau combătut cu argumente dintre cele mai diferite. Dacă, la începuturile dreptului roman, promovarea ideii de bună-credință se lovea de obstacolul formalismului material și procedural al unui sistem de drept primitiv, evoluția a făcut ca buna-credință să fie cheia care deschide calea dreptului contractual spre moralitate și spre eficiență economică și socială.

După căderea Imperiului Roman de Apus și insinuarea Evului Mediu în Occidentul european, întregul drept contractual trece printr-o fază de profund regres și atrofie, contractele în vechiul drept german și în feudalismul timpuriu fiind marcate de formalism. După redescoperirea dreptului privat roman de către vest-europeni începând cu secolul al XI-lea, acesta este citit într-o cheie filosofico-creștină, care redă și amplifică gradual importanța cuvenită bunei-credințe, începând consacrarea acesteia ca principiu fundamental al dreptului contractual. Următorul atac subtil împotriva principiului bunei-credințe începe în secolul al XIX-lea, odată cu consacrarea teoriei autonomiei de voință și a liberalismului economic, care sacralizează libertatea contractuală și individuală în detrimentul moralității contractuale. Principiul bunei-credințe, ca și alte principii generale ale dreptului contractual, este subminat în secolul al XIX-lea și de școala exegetică franceză, ce preamărește propriul Cod civil proaspăt adoptat, și de jurisprudența conceptuală germană (*Begriffsjurisprudenz*). Actualul flux, cu tendințe de "val mareic" intelectual, al bunei-credințe în dreptul (vest)european pare a-și avea rădăcinile la sfârșitul secolului al XIX-lea în teorii diverse ca solidarismul contractual francez sau mișcarea dreptului liber german (*Freirechtsbewegung*), jurisprudența contractuală postbelică fiind treptat acaparată de acest principiu care a traversat și Oceanul Atlantic și și-a găsit un cămin fertil în Statele Unite ale Americii, începând mai ales cu Uniform Commercial Code din anii 1950.

În dreptul roman timpuriu, ca de altfel și în multe alte sisteme de drept antice și medievale, buna sau reaua credință nu aveau practic nicio semnificație juridică<sup>1</sup>, întrucât cvasitotalitatea contractelor erau solemne sau reale (dacă acceptăm clasificarea tripartită în contracte solemne, reale și consensuale), solemnitățile îndeplinite (înțelegând ca și solemnitate și tradițiunea bunului sau a unui obiect simbolic)<sup>2</sup> făcând irelevante aprecierile morale și psihologice ale bunei sau relei credințe a cocontractanților, cel puțin la momentul încheierii acordului de voințe. Decadența formalismului, începută încă din dreptul roman clasic, care recunoștea existența unor contracte pur consensuale devenite obligatorii prin înzestrarea lor cu dreptul la acțiune<sup>3</sup>, s-a accentuat în secolul al XIII-lea sub influența Bisericii catolice, a dreptului canonic și

a interesului acestora pentru evitarea păcatului<sup>4</sup>, transformând treptat în contracte obligatorii toate pactele consensuale ce nu fuseseră înzestrate anterior cu forță executorie. În acest context, ia naștere interesul pentru studierea bunei-credințe și a relei credințe, înțelese aici mai ales în legătura cu eroarea de drept sau de fapt privind viciile titlului din materia uzucapiunii.

Consacrarea definitivă a validității contractelor consensuale în secolul al XV-lea a deschis treptat drumul pentru creșterea interesului în studierea aspectelor psihologice și morale ale încheierii contractelor, accentul fiind pus însă până în secolul al XIX-lea mai ales pe studierea bunei-credințe și a relei credințe în materie posesorie și ca o condiție a prescripției achizitive de scurtă durată.

Începând din secolul al XIX-lea, a crescut preocuparea pentru studierea bunei și relei credințe ca și concepte autonome de buna-credință din materia posesiei, reaua credință contractuală fiind examinată din perspectiva dolului ca și viciu de consimțământ, a fraudei<sup>5</sup>, a răspunderii civile și, mai târziu, din perspectiva abuzului de drept.

Viziunea contemporană a bunei și relei credințe contractuale a fost influențată de declinul teoriei autonomiei de voință, de consacrarea teoriei solidarismului contractual<sup>6</sup> și de dezvoltarea dreptului consumației începând cu a doua jumătate a secolului al XX-lea, reaua credință contractuală trecând dincolo de tărâmul restrâns al dolului, fraudei și abuzului de drept, putând fi considerate manifestări ale relei credințe contractuale orice încălcări ale obligațiilor de loialitate și cooperare impuse de noua teorie a solidarismului contractual, precum și orice încălcări constatate obiectiv ale obligațiilor impuse contractanților profesioniști de atotcuprinzătorul drept al consumației.

### **Buna-credință în dreptul contractual roman**

Introducerea noțiunii de bună-credință în dreptul contractual roman ar fi fost imposibilă fără inspirație de la filozofii greci. Printre alții, stoicii Pitagora și Zeno au scris lucrările care au stat la originea noțiunilor de justiție și echitate. Acest nou concept a deschis sistemul contractual roman față de etica a ceea ce este just și echitabil. Conform viziunii lui Cicero, echitatea este cea care leagă toți oamenii, cetățeni romani sau necetățeni, într-o societate universală de *boni viri*. Cicero este cel care a lăsat una din cele mai complete definiții ale bunei-credințe din acea epocă, arătând că aceste cuvinte, bună-credință, au un înțeles foarte larg și exprimă toate sentimentele oneste ale unei conștiințe bune, fără a cere o scrupulozitate care ar transforma altruismul în sacrificiu. Cicero arăta că legea interzice din contracte vicleniile, tratativele necinstite, calculele frauduloase, disimulările și simulațiile perfide și reaua voință care, sub deghizarea prudenței și a îndemânării, profită de credulitate, naivitate și ignoranță.<sup>7</sup>

Dialectica greacă, în forma sa stoică, având în fundal scrierile lui Platon și Aristotel, a fost importată la Roma în secolele al II-lea și I î.Ch., unde a fost adoptată de clasele educate, inclusiv de juriști, care au aplicat-o pentru prima dată instituțiilor juridice, grecii înșiși neîncercând niciodată o astfel de aplicare. Orașele grecești, pe de-o parte, nu trăiseră niciodată o dezvoltare a unei prestigioase categorii de juriști cărora să le fie încredințată dezvoltarea legii. Judecarea se făcea de către largi adunări populare și cei care pledau în

fața acestor adunări foloseau o tehnică care se baza mai puțin pe argumente legale și mai mult pe apelul la considerente morale și politice. Filozofii greci nu recunoșteau reglementările legale ca și puncte de plecare pentru raționalizare, profesând devotamentul față de un adevăr filozofic mai înalt, care putea fi atins doar prin observație și rațiune. Reglementările și deciziile legale nu erau pentru ei izvoare de autoritate care să fie acceptate sau cel puțin luate în considerare ca încorporând sentimentul de justiție al comunității, ci erau simple date care puteau să fie sau nu folosite în construcția principalelor teorii filozofice. Filozofii greci dezbăteau cu plăcere probleme ținând de natura justiției și dacă un conducător ar trebui să guverneze prin lege sau prin propria voință, dar li se părea neimportant să dezbata dacă legea ar trebui să îi acorde vreun remediu juridic proprietarului unui bun împotriva unei persoane care l-a cumpărat cu bună-credință de la un terț, care îl convinsese în mod fraudulos pe proprietar să se despartă de acel bun. Chiar și atunci când luau în calcul astfel de probleme de drept civil, filozofii greci le tratau ca pe probleme de etică personală, chiar și problemele de drept constituțional fiind tratate drept probleme politice. Gândirea platonice atribuie ideii de justiție o realitate transcendentă, care împiedică încredințarea executării ei către juriști. Doar cel care caută înțelepciunea (filozoful) este capabil să guverneze și doar dacă a reușit în căutarea sa și a devenit un înțelept. Transcendența însăși a justiției exclude pentru Platon realizarea ei într-o ordine constituțională.<sup>8</sup>

Pe de altă parte însă, juriștii romani din perioada clasică și post-clasică concepeau o regulă de drept ca o generalizare a elementelor comune ale deciziilor dintr-o categorie restrânsă și specifică de cauze. Printr-o astfel de limitare a obiectivului reglementării legale, ei sperau că pot să-și atingă scopul de a folosi metodele grecești de clasificare și generalizare ca pe o bază rațională pentru judecarea cauzelor. Grecii nu au încercat niciodată astfel de raționalizări ale deciziilor și reglementărilor legale, gândirea dialectică fiind pentru ei doar o tehnică pentru a deriva concluzii filozofice valide pornind de la premise date. Romanii au convertit dialectica greacă dintr-o metodă de descoperire într-o metodă de judecată.<sup>9</sup>

Buna-credință în dreptul roman era deja o creație a juriștilor, chiar dacă avea la bază elemente religioase și sociale anterioare, rolul ei fiind de a permite pretorului să extindă protecția juridică asupra unor situații nou create, realitățile juridice fiind considerabil diversificate în urma expansiunii romane în jurul bazinului mediteranean. Primele hotărâri care evocă *bona fides* în sens juridic sunt în materie de contracte de vânzare, închiriere, mandat și societate. După acest rol inițial creator, buna-credință a fost utilizată pentru a califica noi instituții, printr-o difuzare orizontală, având în vedere rolul său de element de apreciere. Un astfel de caz este cel al persoanei care, necunoscând că aduce prejudicii drepturilor altuia, merită o anumită protecție juridică, astfel luând naștere buna-credință subiectivă: posesorul de bună-credință primește o anumită protecție în funcție de latura sa subiectivă. În etapa post-clasică, a dreptului roman-bizantin din vremea împăratului Iustinian, buna-credință a devenit iarăși sursă de noi creații juridice, amestecându-se însă cu principii diverse cum sunt *bonum et aequo* și *aequitas*, constituite însă din elemente împrumutate din retorica greacă. Noțiunea se diluează însă nepermis de mult ca urmare a acestor "infuzii", buna-credință devenind un principiu general mult prea abstract, care nu mai putea furniza el însuși soluții pentru cauze concrete. Singura utilizare concretă, tehnică și precisă care supraviețuiește cu deplin succes în Evul Mediu este cea a bunei-credințe subiective în materie posesorie și în domenii conexe.<sup>10</sup>

Aplicarea procedurii formulare romane nu a dus la incertitudini și arbitrarium judiciar datorită unei înțelegeri concrete și uniforme a ce înseamnă atât *fides*, cât și *bona fides*. Această înțelegere, care era esențială pentru utilizarea acțiunilor denumite *bonae fidei iudicia*, era înrădăcinată în etica socială romană, recunoscând îndatoriri cuprinzătoare de fidelitate și încredere, și cuprinzând atât cetățenii, cât și necetățenii. Modul în care aceste îndatoriri s-au extins treptat dinspre *fides* înspre *bona fides* nu a fost încă pe deplin elucidat și există ambiguitate și controverse în literatura de specialitate. Pe când *fides* era înțeleasă ca și fidelitate față de propriul cuvânt, *bona fides* era aplicată pentru a certifica conținutul contractelor deja încheiate. Fidelitatea față de propriul cuvânt era o precondiție a oricărui raport juridic volițional și Cicero o descrie ca fiind *fundamentum iustitiae*. *Bona fides* pe de altă parte, impunând părților să acționeze onest, influențează felul în care se execută obligațiile.<sup>11</sup>

Conceptul de *fides* are la rândul său mai multe înțelesuri. În dreptul internațional public roman, supunerea față de dominația romană era descrisă ca *deditio in fidem*. În tratatele internaționale și în materia relațiilor diplomatice, conceptul de *fides* însemna respectarea propriului cuvânt. Tratatele internaționale erau ținute în templul dedicat zeiței *Fides*, construit după unii la mijlocul secolului al III-lea î.Ch. iar după alții datând chiar din vremea regelui roman Numa din secolul al VI-lea î.Ch.

Acest înțeles de raport de încredere între cuceritor și cucerit este însă dificil de reconciliat cu înțelesul de fidelitate contractuală. Istoricii germani au recunoscut că acest concept de *fides* are două înțelesuri, unul activ și unul pasiv, corespunzând pe de-o parte noțiunii de a respecta propriul cuvânt, iar pe de altă parte arătarea de considerație și îndurare față de cei aflați sub protecție. Acest dualism s-a transferat și în domeniul dreptului privat. Relația de protecție din dreptul internațional public seamăna cu relația dintre un patron și sclavul său eliberat sau clienții săi. Îndatoririle de grijă și protecție care caracterizează aceste relații se regăsesc și în alte raporturi juridice fiduciare, care au căpătat forță legală odată cu dezvoltarea *bonae fidei iudicia*, cum ar fi relația între tutore și cel aflat sub protecție, între mandant și mandatar, în cazul contractului de societate universală a bunurilor sau în cazul contractelor de *fiducia*. Aceste relații nu erau marcate de vreun accent pus pe păstrarea promisiunilor, ci reflectau idei concrete despre cum părțile ar trebui să se poarte una față de cealaltă: un mandatar trebuia să acționeze loial pentru a-și îndeplini mandatul, un tutore trebuia să administreze bunurile protejatului ca și cum ar fi fost ale lui, asociații unei societăți universale de bunuri trebuiau să acționeze cu un grad ridicat de cinste întrucât deciziile fiecăruia îi afectau pe toți, un fiduciar trebuia să acționeze conform termenului contractului de fiducie și să restituie bunurile ce făceau obiectul acesteia. Având în vedere că aceste îndatoriri, cu excepția fiduciei, nu beneficiau inițial de vreo constrângere legală, participanții se puteau baza doar pe încrederea (*fides*) în partenerul contractual.<sup>12</sup>

Sorginta *bonae fidei iudicia* pare totuși a fi nu atât în conceptul de *fides*, ci în standardul de comportament bazat pe valorile etice ale societății care caracteriza relațiile fiduciare. Calificarea *fides* ca și *bona fides* subliniază specificitatea conținutului aceluia standard de comportament: este vorba de *bene agere*, prin care cetățeanul roman acționează cu grijă și prudență și respectă interesele partenerului său contractual, comportându-se ca un *bonus vir*, adjectivul *bonus* fiind cel care determină conținutul promisiunii obligatorii. Cele trei elemente

centrale ale conceptului clasic de *bona fides* erau: determinarea conținutului străvechilor relații fiduciare (*bene agere*), natura obligatorie a unei promisiuni chiar informale, precum și obligația judecătorului care trebuia să mențină echilibrul între interesele ambelor părți (*officium*).<sup>13</sup>

*Bonae fidei iudicia* era folosită cel mai mult pentru a sancționa comportamentul fraudulos. Cicero descrie standardul de *bona fides*, încorporând noțiunea de *bene agere*, ca și opusul conceptual al comportamentului fraudulos. Orice act care putea fi calificat ca și *dolus* ducea la obținerea unui verdict împotriva părții vinovate, indiferent dacă dolul intervenea în etapa formării contractului sau în etapa declanșării procesului. La sfârșitul perioadei dreptului roman clasic, acțiunea pentru *dolus in contrahendo* era admisă chiar și când un contract era nevalabil datorită imposibilității originare de executare. Un judecător nu putea admite o acțiune contractuală introdusă de partea care acționase fraudulos, *exceptio doli* fiind inerentă *bonae fidei iudicia*, astfel că judecătorul întotdeauna trebuia să examineze dacă pretențiile reclamantului sau introducerea acțiunii erau bazate pe *dolus*. În rolul său ca și opus conceptual al comportamentului fraudulos, dimensiunea etică a *bona fides* devine extrem de clară, juriștii romani având însă grijă să nu extindă conceptul dincolo de sfera acțiunilor de bună-credință (*bonae fidei iudicia*). Acolo unde *ius civile* ducea la consecințe inechitabile și trebuia corectat, juriștii romani nu foloseau conceptul de *bona fides*, ci noțiuni echivalente ca *aequitas* sau *bonum et aequum*. În epoca clasică târzie, conceptul de *bona fides* este legat și de conceptul moral de bune moravuri (*boni mores*). Și conceptul de *aequitas* combină cele două înțelesuri de bază ale *fides*, adică a-ți respecta cuvântul dat și un anumit standard de comportament.<sup>14</sup>

Evoluția dreptului contractual roman reflectă întrutotul evoluția societății romane. Dintr-un drept formalist adaptat unei societăți agrare și închise s-a trecut la un drept mult mai flexibil și mai bine adaptat unei societăți unde raporturile mercantile se multiplică. Transformarea dreptului contractual roman se suprapune temporal cu creșterea importanței juridice a noțiunii de bună-credință, care până atunci avusese un caracter mai degrabă moral sau religios. Depășind formalismul, dreptul roman a recunoscut încetul cu încetul buna-credință ca și sursă a anumitor obligații.

La originile noțiunii de bună-credință se află zeița Fides, care constituie personificarea bunei-credințe ce trebuie să guverneze înțelegerile publice între popoare și tranzacțiile private între indivizi. Reprezentările antropomorfe ale zeiței Fides se găsesc pe monede, dar acestea sunt uneori înlocuite de simbolul unor mâini împreunate, care arată că un angajament a fost plasat sub protecția zeiței respective. Buna-credință simboliza o virtute, loialitatea, care derivă din morala stoică, la fel ca și mila (*pietas*) și umanismul (*humanitas*). Legenda atribuie regelui roman Numa instaurarea cultului zeiței Fides, care veghea raporturile între oameni și zei, având de la origini un rol de echilibru<sup>15</sup>. Unii autori chiar au apreciat că acest cult al zeiței este de esență juridică, întrucât stabilește raporturile dintre oameni și zei pe planul juridic al respectării angajamentelor. Chiar rugăciunea adresată zeiței Fides evocă formarea unui contract, întrucât enunță expres contrapestația propusă în schimbul obiectului rugăciunii, angajând omul și divinitatea ca și cum ar fi pe un plan de egalitate.<sup>16</sup>

Însuși termenul *fides* are mai multe etimologii posibile, cele mai importante fiind: legătură obligatorie, supunere față de o putere discreționară, renunțare, o garanție credibilă, încredere. Cicero adaugă acestor etimologii corespondența între *fides* și *fiat* ("ceea ce trebuie

făcut") și *dictum* ("ceea ce s-a spus"), estimând că buna-credință este fundamentul justiției. La origini, buna-credință juca un rol în situațiile în care persoanele care i se supuneau nu erau egale, una fiind dependentă de cealaltă, cum era clientul față de patron, astfel încât buna-credință se putea defini prin intermediul conceptului de supunere. Mai târziu, nu s-a putut ignora rolul *fides* între egali, astfel încât semnificația bunei-credințe în dreptul privat a devenit cea de „încredere”. Chiar în situațiile de inegalitate, buna-credință putea fi concepută și cu o altă valență decât cea de supunere, persoana în situație de inferioritate încredințându-se bunei-credințe a creditorului.<sup>17</sup>

Ideea de încredere face parte integrantă din esența bunei-credințe. *Fides* include nu doar încrederea pe care o acorzi altei persoane, ci și încrederea pe care o obții, cu alte cuvinte *creditul*, ceea ce arată rolul său în materie contractuală. La origini, *fides* cuprindea aspecte religioase, morale și sociale, nefiind un concept juridic. Nicio acțiune legală nu sancționa *fides* ca atare și în măsura în care legătura născută din *fides* era reglementată, aceasta se făcea prin trimitere la norme sociale, opinia publică și moravurile asigurând respectarea bunei-credințe în relațiile între cetățeni. Noțiunea de *fides* începe să joace un rol direct în drept doar în ultimul secol înainte erei noastre. Ea este calificată atunci ca și *bona fides*, sensul său fiind marcat de încredere și loialitate, nerămânând nimic din ideea de supunere la care trimisese inițial tocmai pentru că perpetuarea unor relații de putere între cetățeni egali din punct de vedere politic nu mai era admisă.<sup>18</sup>

Pentru a înțelege rolul pe care buna-credință l-a jucat în dreptul roman, trebuie înțeles contextul în care ea a apărut. În pofida unor tendințe moderatoare, dreptul roman a rămas unul esențialmente formalist, admitând contractele informale doar ca și excepții, care nu erau recunoscute de sistemul juridic decât în măsura în care o impunea buna-credință. Forța obligatorie a contractului era fondată pe respectarea anumitor formalități, voința jucând un anumit rol în formarea contractelor, dar nu unul fundamental. Formalismul era periculos, pentru că impunea o respectare scrupuloasă a exigențelor, sancționând de multe ori partea mai slabă, din cauza ignoranței, lipsei de atenție, neîndemânării sau ușurinței acesteia. Formalismul avea și un caracter incomod, voința singură fiind incapabilă de a da naștere unui contract. Acesta impunea, de exemplu, prezența simultană a ambelor părți, a unui magistrat (*libripens*), reunirea numărului corect de martori și rostirea exactă a cuvintelor prescrise de lege. Atunci când părțile nu respectă formalitățile prevăzute de lege, contractul este fără un efect juridic, consecințele sale depinzând în întregime de bunăvoință celui ce se obligă, de teama sa de opinia publică, de conștiința sa, de loialitate, veracitate, cu alte cuvinte de buna sa credință.<sup>19</sup>

Evoluția care a dus la recunoașterea contractelor de bună-credință este intim legată de evoluția procedurii romane, care este sursa evoluției dreptului roman. Formalismul, care satisfăcea pe deplin nevoile unei societăți arhaice, a devenit insuficient în condițiile multiplicării schimburilor comerciale și a constituirii imperiului. Deja în a doua jumătate a secolului al II-lea î.Ch, legea *Aebutia* îi dădea pretorului puterea de a interveni în situații noi și chiar de a refuza acțiuni recunoscute până atunci. Într-o primă fază, formulele au trecut de la forma verbală la cea scrisă, ceea ce s-a numit ulterior procedură formulară. La origini, doar forma de procedură a suferit o transformare, dar aceasta a deschis calea recunoașterii de noi formule, inițial prin inserarea unor ficțiuni sau excepții în formulele deja recunoscute, iar ulterior prin crearea de acțiuni noi de bună-credință.

Una din particularitățile procedurii romane era sistemul de formule. Pretorul, un magistrat care primea cetățenii, asculta cererile lor, autoriza sau interzicea un anumit mod de acțiune, verifica afirmațiile și trimitea cauza în fața unui judecător, își dădea acordul doar acelor cereri care puteau fi exprimate în formule specifice, predeterminate. Există un număr limitat de formule, ceea ce limita numărul de drepturi. Originar, pretorul trebuia doar să se asigure că formulele străvechi erau respectate, dar începând cu a doua jumătate a secolului al II-lea î.Ch., o dată cu expansiunea Romei în întregul bazin mediteranean, acesta a devenit competent să creeze noi formule. Numărul de pretori a crescut și s-a înființat postul de pretor peregrin, responsabil cu disputele între necetățeni. În aceeași perioadă, procedura a fost profund modificată. Străinii necetățeni nu puteau folosi străvechile formule romane și drepturile lor nu erau practic recunoscute. Pretorul peregrin soluționa disputele între aceștia nu prin aplicarea legii în vigoare pentru cetățeni, ci prin aplicarea unei legi pe care el însuși o crease. În acest context se estimează de unii autori că au apărut drepturile la acțiune bazate pe buna-credință, *bona fide iudicia*. Lista drepturilor la acțiune bazate pe buna-credință variază în funcție de perioada istorică și de autor. Potrivit lui Cicero, acțiunile *bona fide iudicia* erau aplicabile în cazurile de tutelă, îndatoriri fiduciare și în contractele de mandat, închiriere și vânzare. Două sute de ani mai târziu, jurisconsultul Gaius a adăugat acestora gestiunea de afaceri, depozitul, contractul de societate și acțiunea privind bunurile soției (*actio rei uxoriae*). În cele din urmă, împăratul Iustinian a mărit lista drepturilor la acțiune pentru a include garanțiile, acțiunile de partaj, petițiile de ereditate și *actio praescriptis uerbis* pentru contractele de schimb. Create inițial pentru a rezolva raporturi juridice pentru care legea nu crease un drept la acțiune, cum erau cele între necetățeni cărora nu li se putea aplica legea civilă romană, aceste drepturi la acțiune au fost introduse de pretorul urban în dreptul civil aplicabil doar cetățenilor romani la sfârșitul celui de-al doilea secol î.Ch.<sup>20</sup>

Buna-credință permitea judecătorului să intervină activ în raporturile juridice protejate de drepturi la acțiune bazate pe buna-credință, mai ales în ceea ce privește determinarea cuantumului despăgubirilor și crearea unor noi obligații bazate pe moralitate. Din aceste drepturi la acțiune bazate pe buna-credință s-au născut contractele bazate pe buna-credință. Aceste contracte erau contracte consensuale, care se deosebeau de contractele solemne prin condițiile lor de validitate și prin faptul că se bazau pe bună-credință, adică intrau sub incidența unei puteri largi de apreciere a judecătorului. *Bona fides* îl obliga pe judecător să determine ceea ce-și datorează reciproc părțile și, pe această bază, a apărut consensualismul ca și principiu fundamental în dreptul contractelor. Din acea perioadă, contractul consensual se deosebea de contractul de drept strict, caracteristic lui *ius civile*, prin aceea că era apărat de un drept la acțiune bazat pe buna-credință, care îi dădea judecătorului o marjă de apreciere semnificativă, mai ales în ceea ce privește despăgubirile acordate.

Aceeași acțiune bazată pe bună-credință îi permitea judecătorului să aprecieze conformitatea conduitei uneia dintre părți cu cea a unui om onest. Modul de interpretare a judecătorului este dominat de noțiunea de bună-credință și intenția părților era considerabil limitată de existența a trei tipuri de obligații: *essentialia*, fără de care respectivul act juridic nu putea exista (de exemplu obiectul vândut și prețul într-un contract de vânzare); *naturalia*, care

erau incluse în contract dacă nu se menționa în mod expres altceva (cum ar fi garanțiile pentru evicțiune); *accidentalia*, care erau incluse în contract doar în mod expres. Aplicarea practică a noțiunii de bună-credință în dreptul contractual roman poate fi ilustrată în cazul contractului de vânzare prin importanța acordată obligației vânzătorului de a informa cu privire la defectele ascunse și de a garanta pentru evicțiune, prin teoria abuzului de drept și recunoașterea principiului *rebus sic stantibus*.<sup>21</sup>

Recunoașterea unor contracte de bună-credință a devenit astfel necesară, sistemul convențiilor bazate pe *bona fides*, în sensul său roman de operațiuni juridice fondate exclusiv pe loialitate și încredere, fiind un produs complementar al formalismului. Apariția și utilizarea generalizată a contractelor informale au determinat pretorul să le consfințească, bazându-se pe buna-credință, pentru că noțiunea de *fides* în sens moral nu mai era suficientă pentru a proteja creditorul. Rolul buneii-credințe în dreptul roman reflectă grija pretorului de a găsi soluții juste și de a respecta într-o anumită măsură echitatea. În epoca clasică, pretorul introduce noi acțiuni fondate pe buna-credință, contractele de bună-credință fiind contractele fără forme specifice. Rolul buneii-credințe este totuși limitat, aceasta aplicându-se doar contractelor de vânzare, de închiriere, de mandat, de societate și anumitor contracte reale. Buna-credință devine însă și o sursă de drept material, rolul pretorului în evoluția dreptului roman nefiind limitat la procedură. Acțiunile de bună-credință transmise de pretor îi pun judecătorului problema de a determina ce se datorează conform buneii-credințe. Judecătorul va trebui să admită toate consecințele care se atașează acestei formulări, subînțelegând clauzele de stil și ținând cont de dolul imputabil uneia sau alteia dintre părți.<sup>22</sup>

În scopul de a menține echilibrul între contractanți, pretorul a recunoscut interdependența unor obligații care erau independente în dreptul arhaic. Buna-credință a permis pretorului să conceapă contractul ca un întreg, unde obligația uneia dintre părți este legată de obligația celeilalte, permițând astfel realizarea unui anumit echilibru contractual. Dreptul roman nu definește contractul ca atare, dar identifică situațiile în care acesta apare. Conceptul de contract ca și acord de voință între indivizi liberi este străin dreptului roman. Doar din rațiuni de echitate s-a admis temperarea formalismului, anumite comportamente reprobabile lăsând fără efect contracte care respectau prevederile formale ale legii, iar anumite obligații erau dotate cu sancțiuni numai din respect pentru buna-credință.<sup>23</sup>

Restricțiile procedurii formaliste din dreptul roman au fost depășite prin măsuri luate de cei însărcinați cu administrarea justiției, legea romană oferind primul exemplu al unui sistem legal care se adaptează sub influența unor concepte echitabile. *Bona fides* a fost încorporată în *ius honorarium* cel târziu în secolul al II-lea î.Ch.<sup>24</sup> Conceptul de *bona fides* poate fi tradus ca însemnând "în acord cu buna-credință". Înțelesul originar al noțiunii de *fides* era ca persoana să rămână credincioasă cuvântului său și să-și onoreze angajamentele. *Bona fides* era însă noțiunea utilizată pentru a certifica conținutul unui contract încheiat, impunând părților să acționeze onest și influențând astfel maniera în care contractul era executat. Calificarea *fides* ca și *bona fides* accentuează specificitatea standardului de comportament care era impus.<sup>25</sup>

Din scrierile lui Cicero rezultă că, încă de la sfârșitul perioadei republicane romane (sec. I î.Ch.), era conștientizată dihotomia între vechiul *ius civile* și noile acțiuni *bonae fidei*



*iudicia* introduse de *ius honorarium*. Operele lui Cicero nu aveau un caracter istoric, ci se refereau la starea jurisprudenței din acea vreme, urmărind să arate că idealul omului onest (*vir bonus*), care nu folosește înșelăciunea pentru a câștiga un avantaj contractual, a fost încorporat de jurisconsultii în administrarea justiției, progresul datorându-se recunoașterii principiului *bona fides*. Cicero a arătat că orice prevedere derivată din conceptul de *bona fides* poate deveni ea însăși inflexibilă și injustă dacă nu este în mod continuu raportată la standardul de *bona fides*.<sup>26</sup>

*Bona fides* a fost un element central al reformării dreptului roman, noțiunea dezvoltându-se într-o perioadă în care s-a conștientizat diferența între vechile pretenții bazate pe *ius civile* și acțiunile noi bazate pe *ius honorarium*. O pretenție bazată pe *bona fides* nu putea fi formulată sub imperiul *ius civile* întrucât nu avea nicio bază textuală, fiind numită de Cicero ca justiție fără lege (*iudicia sine lege*). Anumite categorii de contracte erau supuse bunei-credințe (mandat, vânzare, închiriere), pe când altele erau supuse dreptului strict (*stipulatio*). Acțiunile bazate pe buna-credință permiteau judecătorului un drept de apreciere, permițându-i să ia în considerare nu doar aspectele conținute în formulă (cum era în cazul acțiunilor de drept strict), ci toate aspectele cazului, chiar necuprinse expres în formulă, această putere fiindu-i conferită de pretor prin clauza *ex fide bona*. Judecătorul putea astfel să cerceteze adevărata intenție a părților și să ia în calcul apărările bazate pe echitate.<sup>27</sup>

Extinderea puterii de apreciere a judecătorului în ceea ce privește substanța unei cauze a fost fundamentul dezvoltării dreptului contractual roman de la sfârșitul Republicii până la sfârșitul perioadei clasice. Clauza *ex bona fide* permitea luarea în calcul a relației părților cu toate efectele acesteia, a tuturor circumstanțelor și a conduitei părților.<sup>28</sup> *Bona fides* și-a pierdut treptat importanța la sfârșitul perioadei clasice, ultima codificare a edictului pretorian fiind făcută de împăratul Iulianus în jurul anului 130 d.Ch., activitatea creativă a pretorilor și flexibilitatea *ius honorarium* fiind astfel pierdute. *Ius civile* și *ius honorarium* au fuzionat, iar procedura formulară a fost înlocuită de procedura *cognitio extra ordinem*, conceptele generale și flexibile de *aequitas*, *humanitas* și *benignitas* caracteristice acestui sistem fiind favorizate față de conceptul de bună-credință.<sup>29</sup> De la sfârșitul perioadei clasice, *bona fides* și-a pierdut importanța în fața raționamentelor bazate pe *naturalis aequitas*. Soarta *bona fides* era strâns legată de procedura clasică bazată pe formule.<sup>30</sup>

În secolele al IV-lea – al V-lea d. Ch., a apărut o divizare a noțiunii de bună-credință contractuală, contractele de bună-credință fiind încheiate sau cu ignorarea unui element defavorabil (credință eronată) sau erau încheiate fără constrângeri sau înșelăciune. Legea romană folosea noțiunea de bună credință în principal pentru dreptul contractual și procedura aferentă<sup>31</sup>, dar această cerință a fost extinsă în timp la întregul drept aplicabil în vestul Europei (*ius commune*) și conținutul ei s-a apropiat de un alt concept general roman: *aequitas*.<sup>32</sup>

### **Abordări ale bunei și relei credințe în materie contractuală în sistemele de drept medievale și premoderne**

Gândirea juridică romană diferă de gândirea juriștilor vest-europeni din perioada medievală. Romanii nu-și defineau nici cele mai importante concepte legale și nu articulați presupunerile și rațiunile profunde pe care analogiile lor se fundamentau. Juriștii occidentali

medievali, începând cu secolul al XI-lea, au dus dialectica greacă la un nivel mult mai înalt de abstractizare. Ei încercau să sistematizeze regulile într-un tot unitar, nu doar pentru a defini elementele comune unui anumit gen de cauze, ci și pentru a sintetiza regulile în principii și principiile însele într-un sistem legal. Una dintre tehnicile folosite de glosatori (Irnerius, Azo, Accursius) și post-glosatori (Jacobus de Ravanis, Petrus de Bellapertica, Bartolus de Saxoferrato, Baldus de Ubaldis) a fost să trateze regulile romane din *Digeste* ca și maxime legale, adică principii independente cu valabilitate universală. Juriștii de la Bologna au creat prin inducție principii universale din cazuri particulare, aceasta fiind exact opusul concepției romane care vedea regula ca fiind pur și simplu o relatare pe scurt a stării de fapt. Contrar juriștilor romani și filozofilor greci care i-au precedat, glosatorii presupuneau că pot dovedi prin rațiune adevărul universal și justețea universală a textelor legale. Textele legale romane, luate atât individual cât și ca întreg, constituiau pentru glosatori ceva ce n-au constituit niciodată pentru romanii înșiși, o lege naturală scrisă care trebuia tratată, împreună cu Biblia și canoanele bisericii, ca fiind sacre. Considerând textele legale romane ca fiind adevărate și juste, acestea puteau fi folosite pentru a descoperi noi adevăruri, prin intermediul rațiunii. Având însă în vedere că acestea conțineau goluri, ambiguități și contradicții, ele trebuiau raționalizate dialectic, adică problemele trebuiau enunțate, trebuiau formulate clasificări și definiții, trebuiau delimitate opiniile contrare și sintetizate conflictele.<sup>33</sup>

Pornind de la terminologia romană din *Corpus Iuris Civilis* și de la metoda dialectică a lui Platon și Aristotel, glosatorii și post-glosatorii medievali au definit concepte generale și au elaborat principii legale generale care fundamentau regulile aplicabile unor cauze concrete. Legea romană din vremea împăratului Iustinian nu avea niciun concept general de contract, prevăzând doar anumite tipuri de contracte, iar un acord care se situa în afara tipurilor prestabilite nu era un contract conform legii. Legea romană nu era complet lipsită de concepte generale, unul fiind acela că executarea unei obligații informale era impusă de buna-credință, dar aceste concepte nu erau considerate filozofic ca idei care transcend regulile și determină aplicabilitatea lor. Dreptul roman consta într-o serie complexă de reguli, care însă nu erau prezentate ca un sistem intelectual, ci ca un mozaic elaborat de soluții practice la probleme legale concrete. Se poate spune că, deși existau concepte în dreptul roman, nu exista conceptul de concept. Glosatorii din secolele al XI-lea și al XII-lea, care au reînviat studiul dreptului roman, au încercat să sistematizeze și să armonizeze imensa rețea de reguli romane prin formularea unor principii generale și a unor concepte generale. Ei au adăugat o dimensiune filozofică stilului pragmatic al textelor romane, schimbând fundamental înțelesul unor reguli legale. Deși regula romană era încă citată, aceasta era interpretată în lumina scopului său fundamental și al relației sale cu celelalte părți ale sistemului, pornindu-se de la ideea că legea e fundamentată pe principii.<sup>34</sup>

Un sistem unificat și organizat de drept contractual a apărut în Europa în secolul al XVI-lea. În secolele precedente, mai multe tipuri de acorduri au fost considerate ca fiind obligatorii din punct de vedere legal și au fost aplicate în diversele jurisdicții care coexistau. Există o pluralitate de sisteme de drept contractual: regal, ecleziastic, feudal, urban, comercial. Chiar înainte de renașterea studiului dreptului roman și de apariția dreptului canonic modern la sfârșitul secolului al XI-lea și în secolul al XII-lea, legiurile tribale și regale din vestul Europei

recunoscuseră deja caracterul obligatoriu al unor contracte solemne în care se depuseseră jurământul sau se schimbaseră ceremonial obiecte simbolice. Și în dreptul clasic și post-clasic roman, diversele tipuri de acorduri care au fost recunoscute ca și contracte își trăgeau forța obligatorie din diverse forme solemne. Chiar în dreptul roman din epoca lui Iustinian, un simplu acord nu era înzestrat de regulă cu o acțiune și nu putea fi contract, legea stabilind tipurile de contracte care erau recunoscute (contracte de împrumut, garanție, vânzare, închiriere, societate etc.), lăsând loc și pentru o clasă de contracte nenumite, care însă trebuiau încheiate prin stipulații în care părțile foloseau promisiuni de o formă precis prestabilită (*stipulatio*). Atât contractele numite cât și cele nenumite creau obligații care decurgeau din schimburile parțial executate de terenuri, bunuri sau servicii. Atât în dreptul roman, cât și în dreptul cutumiar german de dinaintea secolului al XII-lea, un simplu schimb de promisiuni nu dădea naștere unei obligații contractuale până când una dintre părți nu începea cel puțin să-și execute promisiunea. Doar specialiștii dreptului canonic din secolul al XII-lea au afirmat că forța obligatorie legală a diverselor tipuri de acorduri nu depinde în cele din urmă nici de solemnitățile aferente acestora, nici de executarea parțială a uneia dintre părți, ci de intenția părților, consimțământul acestora de a încheia un contract transformându-l în contract, fără a fi nevoie să fie înveșmântat într-o anumită formă. În dreptul canonic, un simplu pact era executabil, acest principiu bazându-se pe premisa de natură teologică că neîndeplinirea unei promisiuni este un păcat. Pentru specialiștii în drept canonic, validitatea unui contract depindea în cele din urmă de buna-credință a părților la momentul încheierii lui, bună-credință confirmată de includerea unui așa-zis "jurământ de credință", iar o încălcare a unui asemenea contract era o încălcare a credinței (*fidei laesio*) care atrăgea competența jurisdicțională a instanțelor ecleziastice în caz de litigiu.<sup>35</sup>

Formalismul nu implică în mod necesar impunerea unui interval de reflexie sau prezența unor martori care să garanteze într-un fel legitimitatea contractului. Formalismul prezintă însă importanță ca și simbol al înscrierii voinței contractanților într-un cadru social, avertizând părțile că se obligă și că legea poate interveni în relația lor. Cele mai multe formalități includ un aspect public destinat să simbolizeze înscrierea contractului în societate și inserția omului în societate, protejând contractații și informând terții. Formalismul riscă însă să fie periculos când părțile nu au aceleași cunoștințe în privința formalităților impuse de lege și uneori este dificil să se conformeze acestora. Aceste inconveniente au dus la nașterea contractelor de bună-credință ca urmare a generalizării contractelor informale bazate pe bună-credință, după ce *fides* în sens moral nu a mai fost suficientă pentru a proteja creditorul. Din cauza dificultăților și exigențelor formalismului, acesta a devenit neadaptat societății romane atunci când s-a dezvoltat comerțul și s-au multiplicat schimburile. Recunoașterea unor contracte de bună-credință a devenit necesară, sistemul de convenții bazate pe bună-credință în sensul său vechi roman, adică comerț fondat pe loialitate și încredere, fiind un produs complementar al formalismului. Contractele au rămas însă în principiu formaliste atât în antichitate cât și în Evul Mediu, iar ca urmare a invaziilor barbare, contractul a fost supus obiceiurilor germanice care au fost influențate de dreptul roman, ceea ce a dat naștere în epoca francă contractelor solemne și contractelor reale. Ca și la Roma, contractul era izvor de obligații pentru că au fost îndeplinite formalitățile, și nu doar pentru că părțile au dorit

acest lucru. Epoca feudală nu marchează în niciun fel o ruptură în această privință, întrucât formalismul continuă să domine.<sup>36</sup>

În Evul Mediu, teologii și juriștii dreptului canonic au rămas fideli soluțiilor romane, dar au și influențat transformarea concepției despre contract, articulând ideile care au contribuit la recunoașterea consensualismului, căruia ei nu i-au dat importanță în dreptul pozitiv, ci doar sub aspect moral. Școala dreptului natural modern, mai ales prin Hugo Grotius, a desăvârșit trecerea de la formalism la consensualism, Jean Domat fiind cel care a afirmat în mod clar principiul consensualismului în dreptul civil. Juriștii dreptului canonic au dat o importanță deosebită respectării cuvântului dat și obligației de onorare a angajamentelor luate. Poziția lor era bazată pe concepția lor despre minciună ca și păcat, încălcarea promisiunilor fiind asimilată minciunii și realizând astfel trecerea de la interzicerea minciunii la respectul cuvântului dat. Doar la sfârșitul secolului al XII-lea, Huguccio și Bernard de Pavia au început să enunțe principiul respectării cuvântului dat ca și regulă de drept, fără însă a considera că o acțiune în justiție poate fi acordată pentru sancționarea unei convenții fără forme. În 1212, Johannes Teutonicus a fost primul care a afirmat că o acțiune de drept canonic poate fi exercitată pe baza unui simplu acord de voințe. În epocă, ideea de a fi obligat prin simplul fapt de a-ți da cuvântul era percepută ca un potențial pericol. Celebru dicton al lui Loysel, privit azi ca un simbol al consensualismului, conform căruia *boii se leagă de coarne și oamenii prin cuvinte*, este în realitate doar o parte a unui proverb străvechi care spunea că *așa cum boii sunt legați de coarne, și oamenii fac nebunii prin propriile lor cuvinte*. Acest proverb și altele asemănătoare din secolele al XII-lea - al XV-lea ilustrează o anumită dezaprobare socială a contractului fără forme, născută ca și reacție socială la ideile enunțate de juriștii dreptului canonic, care urmăreau sancționarea nerespectării cuvântului dat.<sup>37</sup> Această neîncredere socială în consensualism durează până la sfârșitul secolului al XVI-lea – începutul secolului al XVII-lea, când consacrarea noțiunii de cauză permite integrarea consensualismului în bunele moravuri.<sup>38</sup>

Dreptul medieval a adus bunei-credințe două întăriri importante, una de sorginte canonică și una de origine germanică. Dreptul canonic a dat bunei-credințe subiective un conținut etic: este de bună-credință persoana care a acționat fără păcat. Dreptul germanic reintroduce elemente obiective, legând buna-credință de protecția aparenței și de respectul cuvântului dat. Toate aceste elemente au influențat gândirea adepților școlii dreptului natural, care au pregătit marile coduri civile europene. Aceștia au păstrat o bună-credință subiectivă, cu o coloratură etică și psihologică, caracteristică persoanei care, fără culpă, ignoră că a adus un prejudiciu altei persoane. Aceasta este buna-credință subiectivă, tipică posesiei, și care se aplică și în alte cazuri. Adepții școlii dreptului natural au acordat însă un loc bunei-credințe și în contracte, întărindu-i puterea juridică.<sup>39</sup>

Începând cu secolul al XII-lea, contractele de bună-credință, așa cum existaseră în dreptul roman, au devenit regulă în loc de excepție. Un contract era încheiat prin simplul acord de voințe. Trecerea de la principiul *ex nudo pacto actio non nascitur* la cel de *consensu obligat* s-a făcut gradual și cu dificultate. Consensualismul ca și principiu general a fost recunoscut ca atare doar în secolul al XVI-lea. În aceeași perioadă s-a generalizat și *exceptio doli*, care mai târziu a servit drept bază teoriei abuzului de drept. Pe lângă dezvoltarea conceptului de bună-credință, dreptul medieval a fost tărâmul apropiării între acest concept și cel de echitate

(*aequitas*). Specialiștii în drept roman din Germania au considerat că cele două concepte erau inițial distincte și doar după perioada bizantină acestea au fuzionat. Specialiștii francezi în drept roman, pe de altă parte, considerau că buna-credință era doar o manifestare a echității.<sup>40</sup> Împăratul Constantin chiar afirma că echitatea este un principiu esențial al întregului sistem juridic roman, iar mai târziu împăratul Iustinian a transformat *ius aequum* în izvorul suprem de drept. În perioada bizantină (476-1453), funcțiile bunei-credințe și ale echității s-au suprapus în mare măsură, această suprapunere fiind datorată lărgirii noțiunii de bună-credință, care a devenit de aplicabilitate generală, confundându-se cu echitatea. Această confuzie de sorginte istorică poate explica textul art. 1134 al. 3 și al art.1135 Cod civil francez, care vorbesc pe rând de bună-credință în executarea contractelor și echitate ca și principiu de completare a contractelor, precum și distincția terminologică din noul Cod civil olandez care a înlocuit noțiunea de bună credință cu expresia “rațiune și echitate”.<sup>41</sup>

Juriștii medievali au găsit deosebit de dificilă definirea bunei-credințe și a echității. Atunci când scriau atât despre dreptul roman cât și despre dreptul canonic, ei foloseau termenii bună-credință și echitate pentru a descrie trei tipuri de conduită căreia trebuie să i se supună părțile contractante. În primul rând, fiecare parte trebuie să-și respecte cuvântul dat. În al doilea rând, niciuna dintre părți nu trebuie să profite de cealaltă prin inducerea ei în eroare sau prin negocierea prea dură pentru a obține un avantaj. În al treilea rând, fiecare dintre părți trebuie să respecte obligațiile pe care o persoană onestă le-ar recunoaște, chiar dacă nu erau asumate în mod expres. Chiar dacă juriștii medievali susțineau în aceste situații că părțile trebuie să acționeze conform bunei-credințe și echității, ei nu analizau aceste concepte pentru a determina concret cum trebuie acestea să acționeze. În fiecare situație, ei descriau cum ar trebui să acționeze părțile pe baza unei scheme rudimentare prin care clasificau textele legale romane. Fiecare dintre cele trei tipuri de conduită descrise anterior erau relativ independente una de cealaltă și față de conceptele generale de echitate și bună-credință. În domeniul dreptului contractual, buna-credință și echitatea au rămas concepte amorfe. Specialiștii în drept canonic identificau buna-credință cu o conștiință curată sau chiar asimilau buna-credință în sens juridic cu credința în sens religios.<sup>42</sup>

În ceea ce privește obligația de respectare a cuvântului dat, conform glosatorilor, aceasta rezulta din credință, echitate și *ius gentium*. Concluziile lor generale, extrase din texte atribuite lui Ulpian sau Triphonius, intrau însă în conflict cu dreptul privat roman, în care doar anumite contracte erau consensuale (vânzare, închiriere, societate și mandat), pe când altele erau reale, impunând remiterea unui obiect pentru a fi obligatorii (împrumut de folosință, împrumut de consumație, garanții și depozite), sau solemne, depinzând de respectarea unei anumite forme. Contractele care nu intrau în niciuna din aceste categorii, așa-zisele contracte nenumite, nu aveau forță obligatorie până când una dintre părți nu-și executa obligația. Juriștii medievali au rezolvat de o manieră formalistă această contradicție cu textele romane, spunând că obligațiile născute din simplul consimțământ în baza lui *ius gentium* erau obligații naturale, spre deosebire de obligațiile civile dotate cu sancțiune. O parte care executa o obligație naturală nu putea să ceară restituirea acesteia. Juriștii Jacobus de Ravanis și Petrus de Bellapertica au explicat că la baza oricărui contract formal din dreptul civil există o obligație naturală născută din *ius gentium*, care era bazată pe consimțământ. Legea civilă

ii dădea contactului formă și substanță, indicând o solemnitate intrinsecă. Obligația naturală însă era izvorâtă din natură și legea civilă doar o consacra.<sup>43</sup>

Deși juriștii medievali concluzionau că buna-credință, echitatea și *ius gentium* impuneau respectarea cuvântului dat, ei nu au reconciliat niciodată acest principiu cu regulile concrete ale dreptului privat roman. În dreptul canonic, existau exemple de promisiuni care erau considerate obligatorii, deși acestea nu ar fi avut forță obligatorie în dreptul roman. “Decretalele” Papei Grigore al IX-lea au enunțat principiul conform căruia înțelegerile trebuie respectate, fără a mai face distincția romană între contracte consensuale și contracte reale, sau contracte numite și contracte nenumite<sup>44</sup>, glosatorii arătând că Dumnezeu nu distinge între simplele cuvinte și un jurământ, însă nici chiar în dreptul canonic nu toate înțelegerile aveau forță obligatorie. Preocuparea principală a juriștilor canonici nu era dacă un acord avea forță obligatorie, ci dacă încălcarea sa reprezenta sau nu un păcat.<sup>45</sup>

În înțelesul lor medieval, buna-credință și echitatea impuneau ca nicio parte să nu inducă în eroare sau să profite de cealaltă.<sup>46</sup> Glosatorii au concluzionat că buna-credință însemna că trebuie să nu existe dol sau înșelăciune. Ei nu au definit buna-credință și echitatea pentru ca după aceea să folosească definiția pentru a explica conceptul de dol, ci au elaborat un model pentru a reconcilia textele romane care nu aveau o legătură clară cu conceptul de bună-credință, rămânând însă contradicții puternice cu regulile concrete romane. Dolul era clasificat ca fiind causal, dacă se încheia un contract care altfel nu s-ar fi încheiat, sau incidental, dacă o persoană a contractat în termeni mai dezavantajoși. Dreptul roman însă făcea deosebire între contractele de bună-credință și cele de drept strict, iar în cele din urmă o apărare bazată pe invocarea dolului era luată în considerare doar dacă era indicată în mod expres. Juriștii medievali au teoretizat de aici că un contract bazat pe bună-credință era întotdeauna nul pentru dol causal, pe când un contract de drept strict nu era nul de drept, dar dolul celeilalte părți putea fi invocat ca mijloc de apărare. Glosatorii au echivalat situația în care o parte a contractat în termeni dezavantajoși cu un dol incident ce rezultă din tranzacția în sine. Ei au extras din texte atribuite lui Diocletian și din texte referitoare la contractul de drept strict numit *stipulatio*, care permitea invocarea *exceptio doli* chiar dacă nu era vorba de dol propriu-zis ci de o înșelăciune intrinsecă tranzacției, concluzia că dacă un bun era vândut pentru un preț redus la jumătate sau un preț excesiv față de justul preț, partea vătămată avea dreptul la opțiune între reducerea sau complinirea prețului și restituirea prestațiilor (ceea ce astăzi am numi leziune). Vorbind de acest dol “intrinsec” (*dolus ex re ipsa*), juriștii medievali nu au elaborat vreo teorie care să motiveze de ce trebuie oferit remediul pentru un preț injust. Ei recunoșteau ca și principiu general că buna-credință însemna să nu existe înșelăciune sau oportunism, dar pentru a explica aceste concepte au dezvoltat un sistem de clasificare a unor texte romane care aveau o foarte vagă legătură cu conceptul de bună-credință.<sup>47</sup>

În ceea ce privește obligațiile tacite, buna-credință însemna ca debitorul să execute tot ceea ce era de așteptat de la o persoană onestă angajată în acel tip de tranzacție. Juriștii medievali au echivalat cerințele bunei-credințe cu cele ale echității și ale *ius gentium*. Părțile trebuiau nu doar să evite înșelăciunea, ci erau legate de îndeplinirea unor obligații care aparțineau “natural” de respectivul contract, chiar dacă nu căzuseră de acord asupra unor astfel de obligații și nici nu le avuseseră în vedere. Fiecare contract era

considerat că are o anumită natură și substanță. Termenii substanțiali ai contractului definesc tipul de contract în sine și părțile nu-i pot modifica fără a ajunge astfel să încheie un altfel de contract. Termenii naturali aparțineau și ei unui contract de un anumit tip și în acest sens ei derivau din natura și substanța contractului, dar nu o defineau. Acești termeni naturali erau incluși implicit în contract dacă părțile nu se refereau expres la ei, dar puteau fi excluși într-o manieră explicită. Pe lângă termenii substanțiali și naturali ai contractului, existau și clauze accidentale, care erau străine naturii contractului, și deveneau obligatorii doar dacă părțile le integrau în mod expres. Concluzia era că orice contract are niște clauze naturale pe care părțile trebuie să le respecte ca și o consecință a bunei-credințe, echității și *ius gentium*. Legătura între natura și substanța contractului pe de o parte și echitate, bună-credință și *ius gentium* pe de altă parte nu fusese pe deplin elucidată.<sup>48</sup>

La sfârșitul secolului al XII-lea și începutul secolului al XIII-lea, operele lui Aristotel legate de metafizică, fizică, politică și etică au fost disponibile pentru prima dată în Occidentul european, provocând o adevărată revoluție intelectuală. Teologul Toma D'Aquino din secolul al XIII-lea a folosit ideile lui Aristotel pentru a construi o filozofie morală sistematică, unele dintre aceste idei privind contractele. Toma D'Aquino a sintetizat ideile lui Aristotel, arătând că promisiunile trebuie respectate datorită virtuții fidelității față de propriul cuvânt. Aceste promisiuni pot fi folosite pentru a intra în două tipuri de înțelegeri. Când o persoană transferă un lucru altuia, acesta poate fi un act de justiție comutativă sau un act de liberalitate. În filozofia aristotelică și tomistă, definirea este primul pas spre înțelegere. Fiecare lucru are o esență, natură sau formă substanțială care îl face ceea ce este și care poate fi cuprinsă într-o definiție. Definiția poate fi apoi utilizată pentru a explica structura și caracteristicile lucrului. Dacă un contract anume poate fi definit ca un act de justiție comutativă, din aceasta ar trebui să poată fi derivate regulile adecvate acestui contract.<sup>49</sup>

Pentru a înțelege noțiunea de contract în Evul mediu, trebuie abordate conceptele de justiție distributivă și justiție comutativă, așa cum sunt acestea gândite de Aristotel. În *Etica de la Nicomaca* se regăsește teoria aristotelică a justiției. Justiția este o virtute care se manifestă în raporturile omului cu semenii săi. Această virtute este sufletul și esența dreptului, ea se împlinește prin respectarea legii și a egalității. Această virtute inspiră ceea ce Aristotel numește justiția particulară din care derivă dreptul. Justiția particulară include două aspecte complementare: justiția distributivă și justiția comutativă. Obiectul justiției comutative este respectul echilibrului în *synallagma*, acest termen trimitând la ideea de schimb, de comutativitate. Aceste *synallagma* pot să fie involuntare, de exemplu furtul ori defăimarea, sau voluntare, Aristotel exemplificând cu vânzarea, cumpărarea, împrumutul cu dobândă, garanția, închirierea, depozitul și salariul. Justiția comutativă are ca și funcții păstrarea distribuției armonioase a bunurilor realizată deja conform principiului egalității proporționale ce aparține justiției distributive<sup>50</sup>.

Aceste noțiuni de justiție distributivă și comutativă dezvoltate de Aristotel au fost reluate de Sfântul Toma D'Aquino în teoria sa privind dreptul natural. Aceleași noțiuni i-au inspirat și pe gânditorii școlii post-scolastice spaniole, care au reluat învățăturile lui Aristotel și ale Sfântului Toma, concepând contractul ca pe un act care are ca și finalitate fie o binefacere, fie un act de justiție comutativă. Acesta din urmă ar obliga părțile să respecte un anumit echilibru și ar da naștere unor obligații decurgând din esența și din natura contractului.<sup>51</sup>

Influența lui Aristotel asupra Sfântului Toma este o certitudine, dar opera sa nu se limitează la o interpretare în cheie creștină a filozofiei aristotelice. Sfântul Toma nu afirmă că simplul consimțământ este suficient pentru a forma un contract. Faptul că promisiunile nu sunt obligatorii din punct de vedere legal se datorează, conform acestuia, faptului că dreptul ține cont de mobilitatea voinței umane. Înainte ca încălcarea cuvântului dat să fie sancționată pe plan juridic, biserica catolică l-a transformat într-un păcat. Doar la sfârșitul secolului al XII-lea și începutul secolului al XIII-lea, respectarea cuvântului dat a devenit o regulă de drept. Pornind de la învățăturile părinților bisericii și de la Sfintele Scripturi, specialiștii dreptului canonic sunt cei care au enunțat primii principiul respectării cuvântului dat și obligația de a-și onora angajamentele. Poziția lor era bazată pe ideea că minciuna este un păcat, în cele zece porunci fiind scris că “ceea ce va ieși o dată de pe buzele tale vei respecta și vei face ca și cum ai fi promis Dumnezeuui tău și după cum ai spus cu propria ta gură” (Deuteronom 23-24). Deja Sfântul Toma aprecia că interzicerea minciunii și respectarea cuvântului dat sunt obligații morale care decurg din dreptul natural. Fundamentul acestui principiu de drept natural este respectul verității, al cuvântului dat, fără de care nicio viață socială nu ar fi posibilă.<sup>52</sup>

Dreptul comun medieval și-a consolidat poziția ca parte a culturii creștine a Europei occidentale deja din secolul al XIV-lea. Această unitate a avut ca rezultat apropierea deosebită între lege și religie în scrierile medievale târzii. Juriștii epocii, care studiau dreptul roman și dreptul canonic, recunoșteau expres existența unui principiu al bunei-credințe și al echității în contracte. Juriștii de dinaintea lui Baldus de Ubaldis apreciau că buna-credință și echitatea descriu trei tipuri de conduită cerută părților contractante. În primul rând, o parte era obligată să-și respecte cuvântul dat. Aceasta era o problemă de credință și echitate și deriva din *ius gentium*, dreptul universal aplicabil tuturor oamenilor. O astfel de obligație nu se împăca prea bine cu dreptul roman, unde doar anumite contracte erau obligatorii prin simplul consimțământ. Juriștii canonici au adoptat punctul de vedere că toate înțelegerile produceau efecte, fără a face distincția romană între contracte consensuale și contracte reale.<sup>53</sup> Justificarea pentru aceste susțineri era că orice promisiune lega conștiința promițătorului și o încălcare a acesteia era o încălcare a unei datorii față de Dumnezeu. În al doilea rând, buna-credință însemna că nicio parte nu ar trebui să inducă în eroare sau să profite de cealaltă, de aceea victima unui dol trebuie să aibă un remediu. În al treilea rând, buna-credință impunea ca o parte să facă tot ceea ce era de așteptat de la o persoană onestă angajată în respectivul tip de tranzacție.<sup>54</sup> Aceasta reflecta credința juriștilor medievali că orice tip de contract are clauze “naturale” pe care o parte trebuie să le respecte ca și o cerință de bună-credință și echitate, conform *ius gentium*.

Baldus de Ubaldis (1327-1400), considerat ultimul mare jurist medieval, identifica buna-credință cu echitatea<sup>55</sup> și conștiința. El a acordat însă atenție specială cerinței ca nimeni să nu se îmbogățească pe socoteala altuia, principiul semănând cu principiul egalității care constituia fundamentul justiției comutative în filozofia aristotelică și tomistă. A numit acest principiu ca *echitate naturală* sau *generală*, considerând că este explicit în unele texte romane și implicit în altele. Baldus considera că termenul echitate mai are și un al doilea înțeles, *echitatea specifică*, în accepțiunea pe care i-o dăduseră și Aristotel și Toma D'Aquino, aceasta însemnând devierea de la textul legii acolo unde circumstanțele o impun. Baldus a deosebit mai multe tipuri de bună-credință. El afirma că judecătorul va lua în calcul buna-credință în



contracte pentru două scopuri: în primul rând pentru a ști dacă un contract este obligatoriu sau nu, și în al doilea rând pentru a ști care sunt obligațiile părților și dacă acestea au fost îndeplinite. Pentru acest al doilea scop, buna-credință are două înțelesuri, unul fiind absența dolului, iar al doilea înseamnă respectarea a ceea ce părțile s-au angajat, conform echității naturale și a prevederilor legii. Pentru Baldus, echitatea naturală este un tip de bună-credință distinct de fidelitatea față de cuvântul de dat și de simpla absență a dolului. Echitatea naturală este cea care determină care sunt obligațiile părților atunci când contractul sau legea nu le indică expres. Și Baldus afirma că obligațiile implicite ale părților derivă din natura contractului lor.<sup>56</sup>

Modul în care Baldus s-a referit la buna-credință și echitatea în contracte diferea de cel al juriștilor care l-au precedat, dovedind o mai bună cunoaștere a filozofiei aristotelice. El a identificat ca și principiu esențial al echității și buneii-credințe interdicția de a te îmbogăți pe socoteala altuia. Acesta nu era o explicație exhaustivă a echității și a buneii-credințe, care însemnau și respectarea cuvântului dat și abținerea de la înșelăciune, dar acest principiu stabilea o limită a îndatoririi de a-ți respecta cuvântul dat. Cuvântul dat trebuie respectat doar când există o cauză care poate fi sau o liberalitate, sau un schimb de lucruri de valoare echivalentă. Acest principiu explica remediul pe care juriștii anteriori îl recunoscuseră pentru așa-zisul dol intrinsec (*dolus ex re ipsa*) pe care astăzi l-am numi leziune și tot el era sursa obligațiilor contractuale implicite pe care părțile trebuiau să le îndeplinească chiar dacă nu fuseseră expres de acord cu ele.<sup>57</sup>

Juristul italian Baldus de Ubaldis a elaborat așadar un concept mai coerent al buneii-credințe și echității, bazându-se pe operele lui Aristotel și ale Sfântului Toma D'Aquino. Aristotel a recunoscut că justiția distributivă asigură fiecărui cetățean o parte corespunzătoare a bogăției societății din care făcea parte. Justiția comutativă asigură păstrarea acelei părți. Ca și un corolar, virtutea "liberalității" impunea ca o persoană care dăruiește proprii săi bani va da oamenilor îndreptățiți suma corectă la timpul potrivit. Toma D'Aquino clasifica contractele ca și acte de liberalitate sau de justiție comutativă, o donație fiind în prima categorie, iar vânzarea și închirierea în cea de-a doua.<sup>58</sup> Baldus a folosit filozofia lui Aristotel și Toma D'Aquino pentru a afirma că buna-credință și echitatea impun ca nimănui să nu-i fie permis să se îmbogățească pe socoteala altuia. Principiul echității naturale și al buneii-credințe, așa cum era înțeles de Baldus, ar permite existența unui remediu atunci când o persoană ar primi un preț injust.<sup>59</sup> Același principiu explică de ce părțile ar trebui să fie supuse unor obligații pe care nu și le-au asumat expres. Baldus susținea că orice contract trebuie să aibă o cauză, care poate fi o liberalitate sau dorința de a primi ceva în schimb pentru ceea ce s-a dat.<sup>60</sup> Un act de justiție comutativă nu poate îmbogăți una dintre părți în detrimentul celeilalte, iar un act de liberalitate ar duce doar la o îmbogățire rezonabilă. Baldus a conchis că un contract fără cauză nu ar trebui să fie aplicabil sub nicio lege.<sup>61</sup>

Teoriile lui Baldus au dominat gândirea secolului al XIV-lea și au fost adoptate apoi de școala juridică post-scolastică din Spania secolelor al XVI-lea - al XVII-lea (Diego de Covarruvias, Domingo de Soto, Francisco Suarez, Luis de Molina, Leonard Lessius). Aceștia au cercetat obligațiile care ar decurge din echitate și bună-credință, nefiind însă preocupați, spre deosebire de Baldus, de integrarea deplină a concluziilor lor în textele legale romane străvechi.<sup>62</sup> Post-scolasticii au încercat în mod conștient să sintetizeze dreptul roman cu filozofia morală a lui

Aristotel și a Sfântului Toma D'Aquino. Multe din concluziile lor au fost împrumutate și popularizate de școala nordică a dreptului natural din secolele al XVII-lea- al XVIII-lea, care îi includea pe Hugo Grotius și Samuel Pufendorf, și de cei influențați de această școală, cum erau juriștii francezi Jean Domat și Robert Pothier. Post-scolastici și juriștii școlii nordice a dreptului natural examinau și ei obligațiile care derivă din echitate și bună-credință, fără a încerca să-și încadreze concluziile în textele juridice romane clasice. Concluziile lui Domat că o parte nu este obligată doar de ceea ce este expres menționat în contract, ci și de toate consecințele cerute de natura contractului, de lege, echitate și obicei, au fost preluate în art. 1135 Cod civil francez. Pentru Domat, ca și pentru Baldus, echitate însemna egalitate în schimb. Părțile nu puteau să-și modifice contractul într-un fel care ar încălca legea, bunele moravuri sau echitatea, care trebuie să prevaleze în contractele cu titlu oneros.<sup>63</sup>

Filozofia greacă și dreptul roman au contribuit fiecare la sinteza realizată de școala post-scolastică în secolul al XVI-lea. Dreptul roman furniza o bogăție de detalii juridice și le-a furnizat post-scolasticilor obiectivul de a rezolva problemele puse de acest sistem de drept prin aplicarea unor idei filozofice mai generale. Aceste idei filozofice însă veneau din opera lui Aristotel, așa cum a fost aceasta interpretată de Sfântul Toma D'Aquino. Aristotel a discutat despre virtuți. Post-scolastici și-au construit teoria contractuală în jurul a trei dintre virtuțile descrise de acesta: ținerea promisiunilor, justiția comutativă și liberalitatea. Făcând acest lucru, ei s-au bazat pe scrierile lui Toma D'Aquino, care a fost primul care a arătat cum principiile aristotelice pot fi folosite pentru a aprecia legea morală. Toma D'Aquino a examinat cerințele pentru ca o promisiune să fie obligatorie. A arătat că, printr-o promisiune, o parte poate să facă fie un act de liberalitate, fie un act de justiție comutativă, el explicând cum un contract poate încălca egalitatea pe care o impune justiția comutativă. Acesta a arătat și cum anumite contracte, cum ar fi vânzarea și închirierea, pot fi definite prin clasificarea lor ca și acte de justiție comutativă sau de liberalitate, și prin identificarea unui scop final pentru fiecare din aceste contracte. El a mai sugerat și o metodă pentru a deduce din această definiție diversele obligații ale părților contractante.<sup>64</sup>

Principiul de drept canonic că forța obligatorie a unui acord se bazează în cele din urmă pe consimțământul părților și pe intenția lor comună de la momentul încheierii actului a făcut necesară și posibilă dezvoltarea unor principii comune aplicabile tuturor contractelor. Oferta și acceptarea trebuie să exprime consimțământul reciproc și întâlnirea voințelor, contractul trebuie să aibă un scop legitim (*causa*). Un contract încheiat prin fraudă, amenințare sau bazat pe presupuneri eronate era nul. Un contract păgubitor pentru una dintre părți (*laesio enormis*) era de asemenea nul. Specialiștii în drept canonic nu au încercat însă să tranforme aceste principii și reguli de bază într-o ramură separată a dreptului contractual, aplicabilă tuturor tipurilor de înțelegeri. Preocupările lor se limitau mai ales la aplicarea principiilor dreptului contractual în privința căsătoriei și a altor taine bisericești, la autoritatea episcopilor de a intra în tranzacții care implicau proprietatea bisericească și la alte probleme contractuale guvernate de dreptul canonic.<sup>65</sup>

Școala dreptului natural modern consacră o concepție a voinței caracterizată prin autonomia acesteia, dispărând valoarea morală și socială a scopului urmărit. Domat și Pothier traduc în termeni juridici aceste idei filozofice și morale și elaborează o teorie

generală a obligațiilor și a contractelor. Domat consacră recunoașterea puterii voinței și a consensualismului în materie contractuală. Chiar înainte de recunoașterea sa în dreptul civil, ideea de respectare a cuvântului dat a marcat în Evul Mediu evoluția dreptului contractelor. Între secolele al XII-lea - al XVI-lea, chiar dacă viziunea contractului a rămas una formalistă, forma cerută a devenit din ce în ce mai ușor de îndeplinit, fiind vorba în general de jurământ, și a început să devină abstractă, între exigența jurământului ca formalitate și puterea recunoscută simplului consimțământ fiind o diferență foarte mică în practică. Simplificarea formalităților contractuale pentru motive de eficacitate s-a realizat mai ușor decât transformarea însăși a concepției despre contract. Punerea în discuție a formalismului s-a realizat atât în dreptul roman cât și în vechiul drept francez pe baze pragmatice și morale. În dreptul roman, transformările contractului s-au bazat în mare parte pe nevoile pragmatice ale comerțului, pe când în vechiul drept francez de dinaintea codificării, recunoașterea consensualismului se datorează în principal influenței creștinismului. În perioada anterioară adoptării Codului civil francez din 1804, sub influența conjugată a dreptului canonic, a dreptului natural modern și a operelor lui Domat și Pothier, dreptul civil adoptă principiul consensualismului și o viziune abstractă a contractului. Diferența între consensualism și formalism nu rezidă doar în modul de formare a contractelor, ci și în viziunea despre contract, care într-un sistem formalist nu este văzut în mod abstract și general, ci în mod concret, ca și vânzare, închiriere, împrumut, pe când viziunea consensualistă trimite la acordul de voințe în principal și nu la obligațiile concrete la care acesta dă naștere. În secolul al XIX-lea, consensualismul devine, mai mult decât un mod de formare a contractului, un aspect fundamental al teoriei autonomiei de voință, care pune voința ca element fundamental al obligației contractuale, autonomia acesteia manifestându-se în libertatea acordată contractanților atât în ceea ce privește forma cât și conținutul contractului.<sup>66</sup>

### **Buna-credință în vechiul drept francez**

Concepția bunei-credințe, așa cum se găsește în vechiul drept francez din secolele al XVII-lea - al XVIII-lea și cum este descrisă de Jean Domat, reflectă influența filozofilor, teologilor și specialiștilor în drept canonic. Sinteza învățăturilor acestora și a principiilor dreptului roman a condus la o veritabilă teorie a contractului, conceput ca un act consensual, voința contractanților fiind încadrată de bună-credință, aflată pe același plan cu echitatea, ordinea publică și cauza juridică. Chiar dacă juriștii romani nu au admis niciodată consensualismul ca atare, acesta era deja un aspect esențial în Evul Mediu târziu și în perioada renaștistă și iluministă ce i-au urmat. Această bulversare a concepției despre contract a rezultat din sinteza dreptului natural clasic, a învățăturilor bisericii și a soluțiilor romane, sinteză care a permis edificarea unei teorii a contractului la gânditorii post-scolastici spanioli.<sup>67</sup>

Gânditorii școlii post-scolastice spaniole, bazându-se pe *Digeste* și pe filozofia lui Aristotel, au elaborat o teorie a contractului care a influențat puternic concepția din vechiul drept francez. Studiul noțiunii de contract în vechiul drept și a fundamentelor sale filozofice și religioase permite identificarea principiilor fundamentale care au stat la baza Codului civil francez din 1804 și implicit a Codul civil român din 1864 și a reglementării evolutive actuale din Codul civil român adoptat în 2009.

Buna-credință nu este străină credinței în Dumnezeu, care obligă la respectarea cuvântului dat și la realizarea promisiunilor. Credința este cea care determină executarea a ceea ce s-a promis, iar un adevărat credincios este cel care face ceea ce spune, buna-credință fiind cea care impune constanță și veridicitatea cuvintelor și promisiunilor. În această perspectivă, forța obligatorie a contractului rezultă din cuvântul dat. Nerespectarea acestuia este asimilată unui act contrar bunei-credințe și devine o injustiție. Atât gânditorii școlii post-scolastice spaniole, cât și Grotius și Pufendorf ca și fondatorii ai școlii dreptului natural, fac trimitere la un citat din Cicero care enunță că buna-credință este fundamentul justiției.<sup>68</sup> Principiul respectării cuvântului dat este fundamentul consensualismului, fiind și un instrument de luptă împotriva formalismului care îi marca încă pe juriștii dreptului canonic. Consensualismul se poate spune că marchează deja din Evul Mediu evoluția dreptului contractelor, chiar dacă numai în secolele al XV-lea - al XVI-lea se poate afirma că teoria contractului se apropie de cea actuală.<sup>69</sup>

Vechiul drept francez, așa cum rezultă din opera lui Domat, poate fi considerat că inaugurează dominația consensualismului. Principiile sale au fost influențate de dreptul roman și de creștinism. În vechime, contractul era un act concret care își avea izvorul în executarea unor formalități precise, dar acesta devine din ce în ce mai abstract o dată cu dominația consensualismului.<sup>70</sup> Consimțământul capătă o importanță deosebită o dată cu adoptarea principiului respectării cuvântului dat, care impune asigurarea unei veritabile exprimări a consimțământului, din această preocupare decurgând condițiile privind validitatea contractului și viciile de consimțământ. Afirmarea principiului respectării cuvântului dat, a credinței promise, nu duce la dispariția bunei-credințe. Buna-credință presupune că acel consimțământ este valabil, că părțile se abțin de la orice trădare, violență, de la orice necinste sau fraudă, că respectivul consimțământ este verosimil și rezonabil, că respectivul contract nu lezează nici dreptul divin, nici bunele moravuri și nici chiar profitul comun. Pe lângă viciile de consimțământ, bunele moravuri și ordinea publică, noțiunea de cauză ajunge să joace un rol fundamental pentru a tempera efectele consensualismului.<sup>71</sup> Anumite reguli privind executarea contractelor își au de asemenea izvorul în conceptul de bună-credință, printre ele fiind excepția de neexecutare și rezoluțiunea contractului pentru neexecutare, care sunt sintetizate în adagiul *non servanti fidem, non est fides servanda*.<sup>72</sup>

În tratatul său despre legile civile în ordinea lor naturală, Jean Domat consideră că și contractul este supus celei de-a doua legi a umanității, care impune iubirea aproapelui, de unde decurge că fiecăruia trebuie să i se dea ceea ce-i aparține, că nicio persoană nu trebuie să fie vătămată, că trebuie să fii sincer și fidel. Domat nu utilizează aici explicit noțiunea de bună-credință, dar principiile pe care el le descrie sunt impregnate de spiritul acesteia, de exemplu când arată că, în angajamentele voluntare și reciproce, cei care negociază împreună își datorează sinceritate, pentru a înțelege la ce se angajează, fidelitate în ceea ce privește executarea și tot ceea ce ar putea cere urmările angajamentelor în care au intrat. Domat arată și că, în orice fel de convenții, este interzisă utilizarea infidelității, duplicității, dolului, a relei credințe și a tuturor celorlalte modalități prin care se face rău altuia.<sup>73</sup> El mai arată și că nu se poate deroga și nu pot exista excepții de la legile care guvernează buna-credință, printre legile imuabile fiind și cele care guvernează buna-

credință. Pentru el, buna-credință joacă un rol esențial în materie contractuală. Chiar dacă doar câteva reguli fac referire expresă la aceasta, el îi acordă o importanță egală cu ordinea publică și bunele moravuri.<sup>74</sup>

### Buna-credință în dreptul englez

Dezvoltarea conceptului de bună-credință în Anglia este meritul Court of Chancery. Aceasta este o consecință a faptului că principiile buneii-credințe din dreptul canonic au fost transplantate de judecătorii ecleziastici de la începuturile acestei Curți. Judecătorii de la Court of Chancery făceau parte din ierarhia ecleziastică și aduceau cu ei și în această instanță laică principiile și teoriile instanțelor ecleziastice care își asumaseră deja jurisdicție asupra atingerilor aduse credinței (*laesio fidei*). Decizia lui Henric al II-lea de a transforma prelații Bisericii în judecători a fost evenimentul fundamental care a asigurat transplantarea în *common law* a conceptului roman de *bona fides*, existent deja în legislația canonică. Clericii care prezidau în calitate de judecători în instanțele regale au putut astfel să-și aplice cunoștințele dobândite în sistemul coerent al dreptului canonic asupra masei vagi și contradictorii de reguli cutumiare, tribale și feudale care alcătuiau dreptul englez. Influența dreptului canonic a adus concepte ca echitatea și buna-credință în primele etape ale evoluției sistemului de Common Law. Cu toate acestea, dreptul canonic și cel civil roman au încetat să mai influențeze dreptul englez deja de la sfârșitul secolului al XIII-lea, urmele conceptelor echitabile dispărând treptat.<sup>75</sup>

Începând cu acea perioadă, judecătorii de Common Law au presupus că orice om care încheie un contract își va proteja propriile interese și nu va avea niciun remediu chiar dacă cealaltă parte a profitat de un avantaj intelectual sau chiar l-a indus în eroare. Aceste considerente reflectă temerea din Common Law că noțiunile de conștiință și bună-credință sunt simple toane și capricii care ar deschide calea unor interferențe nedorite în sistemul de drept. Rigoarea sistemului de Common Law englez contrastează puternic cu recunoașterea echității în Europa continentală. Echitatea era percepută ca o modalitate de remediere a nedreptăților cauzate de dreptul strict. În consecință, buna-credință a dominat relațiile între comercianți în secolele al XI-lea și al XII-lea, devenind o trăsătură esențială a *lex mercatoria* medievală. Inflexibilitatea regulilor de Common Law din Anglia a avut ca efect interferența jurisdicțiilor ecleziastice asupra dreptului comun al contractelor. Instanțele ecleziastice admiteau procese care urmăreau aplicarea unui contract cu condiția ca o promisiune sub jurământ să poată fi detectată în acordul părților. Cuvinte de genul “pe credința mea” erau considerate suficiente, părțile fiind astfel expuse tot mai mult principiilor dreptului canonic. Cea mai importantă consecință a rigidității Common Law a fost dezvoltarea unei jurisdicții în echitate începând cu secolul al XIV-lea. Începând de prin 1340, ideile de echitate care înainte se regăsiseră în instanțele comune au început să își găsească aplicarea în Court of Chancery. Această instanță a fost percepută în secolul al XV-lea și la începutul secolului al XVI-lea mai mult ca o instanță a conștiinței decât ca o instanță care să judece în echitate. Cererile din acea perioadă acuzau cealaltă parte de a fi acționat împotriva credinței și buneii conștiințe și solicitau judecătorului să facă așa cum buna-credință și conștiința reclamă. S-a remarcat că folosirea cuvintelor “bună-credință și conștiință” era probabil necesară nu numai

ca să atragă ochiul judecătorului, ci și ca să atragă competența acestuia. Când instanța judeca respectiva cerere, se punea accent deosebit pe obligațiile de bună-credință și conștiință. Court of Chancery s-a transformat în secolul al XVI-lea dintr-o instanță a conștiinței într-o instanță de echitate și aceasta a dus la dezvoltarea bunei-credințe ca și concept distinct de conștiință, care a început să fie aplicat sub forma unor reguli specifice, referințele fiind făcute de aici înainte la bună-credință și echitate mai degrabă decât la bună-credință și conștiință.<sup>76</sup>

De la sfârșitul secolului al XVIII-lea, Court of Chancery a intrat în declin ca urmare a creșterii formalismului. Echitatea se osificase în principii rigide. Reguliile vechi privind penalitățile, sechestrele, ipotecile și contractele lezionare (*unconscionable contracts*) au fost ignorate sau uitate. Cu toate acestea, la sfârșitul secolului al XVIII-lea au existat semne ale dezvoltării unui principiu al bunei-credințe ca o consecință a dorinței ca legea să asigure tranzacții echitabile. Noțiunea de bună-credință era în congruență cu un sentiment general de moralitate. În 1766, lordul Mansfield sugera că buna-credință este un principiu general aplicabil tuturor contractelor, că acesta ar interzice unei părți să ascundă de cealaltă ceea ce știe, să-l atragă pe celălalt într-o înțelegere pe baza ignoranței acestuia. Lordul Mansfield era pregătit să restricționeze aplicarea principiului *caveat emptor* prin referire la principiul general al bunei-credințe în contracte. Și alți judecători din aceeași perioadă susțineau că instanțele de judecată trebuie să asigure respectarea cinstei și bunei-credințe în contractele de orice fel.<sup>77</sup> Secolul al XVIII-lea poate fi considerat momentul de vârf și de maximă influență al conceptului de bună-credință în Anglia, astfel că, în 1766, Lordul Mansfield (1705-1793), în calitate de președinte (*Chief Justice*) al Tribunalului regal (*King's Bench*), putea afirma în cauza de referință Carter contra Boehm că buna-credință este principiul general aplicabil tuturor contractelor și negocierilor. Ideea de bună-credință în contracte, care începuse să se afirme în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea în Anglia, era în deplină concordanță cu moralitatea tradițională, dar a fost nevoie de o personalitate ca lordul scoțian Mansfield, familiarizat cu limba franceză și sistemul de drept civil francez, care să enunțe și să aplice acest nou-consacrat principiu într-o varietate de cauze. Această consacrare a principiului bunei-credințe în dreptul contractual englez nu a fost niciodată desăvârșită întrucât liberalismul economic, care începuse să se afirme în aceeași perioadă, repudia un principiu "paternalist" cum este cel al bunei-credințe.<sup>78</sup>

De la mijlocul secolului al XIX-lea, ideea că buna-credință este un principiu fundamental a fost depășită ca urmare a dezvoltării unei jurisprudențe care reflecta autonomia contractuală și economia liberală *laissez faire*. Această jurisprudență era corolarul unor teorii economice din anii 1820-1830, care recunoșteau eficiența socială și economică de a permite unor părți să-și încheie propriile înțelegeri. Principiul *caveat emptor* a prevalat, ideea că părțile negociază în forță fiind dominantă. Balanța s-a înclinat puternic în defavoarea standardelor echitabile și în favoarea predictibilității. Idealul moralist și paternalist al bunei-credințe a fost perceput ca demodat. În anul 1873, instanțele de Common Law și cele care judecau în echitate au fuzionat, majorității judecătorilor obișnuiți fiindu-le dificil să înțeleagă și să aplice noțiuni care derivă din echitate, cum este buna-credință, astfel încât acestea au fost pur și simplu ignorate după un secol de declin. Buna-credință a devenit astfel un aspect marginal în dreptul englez al contractelor, fiind ignorată cu succes și de majoritatea literaturii de specialitate.<sup>79</sup>

### Viziunea modernă asupra bunei și relei credințe în raporturile contractuale

Deja în secolul al XIX-lea, filozofia aristotelică căzuse în desuetudine și noțiunile de egalitate a schimbului păreau demodate. Comentatorii Codului civil francez defineau contractul prin raportare la voința părților, termenii implicați fiind cei pe care părțile însele i-ar fi dorit, iar judecătorii trebuiau să se abțină de la a interfera cu decizia părților în numele echității. Voința era sursa obligațiilor părților, și nu exista un standard mai înalt prin care voința să fie criticată sau suplimentată. La momentul introducerii art. 242 în Codul civil german (B.G.B.), cerința bunei-credințe părea benignă, nimeni neconsiderând că există obligații de echitate substanțială pe care părțile să le respecte. Viziunea inițială era că buna-credință era mai degrabă o regulă de interpretare a contractelor.<sup>80</sup>

Dreptul roman și cel medieval au contribuit la înțelegerea sensului ce poate fi atribuit bunei-credințe, dar perioada codificărilor civile din secolul al XIX-lea a clarificat acest înțeles și scopul bunei-credințe în dreptul contemporan. Buna-credință emană din noțiunea de drept natural, fiind general recunoscută în tranzacțiile comerciale. În perioada de pregătire a Codului civil napoleonian din 1804, au existat puține discuții privind conținutul acestei noțiuni, deoarece referințele la divinitate pentru a legitima existența bunei-credințe duceau implicit și la o trimitere la divinitate în ceea ce privește lămurirea conținutului noțiunii, astfel că lipsește orice definiție sau studiu aprofundat al acesteia. Chiar dacă școala dreptului natural este cea care a justificat introducerea conceptului de bună credință în Codul civil francez din 1804, acest izvor a fost subminat în secolul al XIX-lea de școala istorică și de doctrina pozitivistă a dreptului. Școala istorică își are sorginea în operele lui Emmanuel Kant și Friedrich von Savigny, care căutau sursele întregului drept în istorie. Pe de altă parte pozitivismul, care își avea originea în lucrările lui Auguste Comte, considera că dreptul ca și știință a relațiilor sociale trebuia să se bazeze pe experiment. Cu toată importanța acestor două școli de gândire, Codul civil german (B.G.B.), intrat în vigoare în 1900, conținea referiri la buna-credință, dar care își pierduse înțelesul original și a făcut obiectul unei dispute conceptuale între școala jurisprudenței conceptuale (*Begriffsjurisprudenz*) și punctul de vedere opus al mișcării dreptului liber (*Freirechtsbewegung*). Prima școală dorea recunoașterea unei ordini legale bazate pe concepte abstracte și precise pentru a evita puterea discreționară și arbitrară a judecătorului. Mișcarea dreptului liber, începută prin operele lui Rudolph von Jhering, dorea să obțină o relaxare a prevederilor și interpretărilor legii, urmărind dezvoltarea unei puteri interpretative și complete a judecătorului, și astfel a dus la reînnoirea conceptului de bună-credință. Ambele școli de gândire au fost victimele unor excese, școala dreptului liber ajungând chiar să propună detașarea completă de litera legii și acordarea unei importanțe secundare textului legal, expunând complet părțile arbitrariului judiciar. Buna-credință a devenit astfel o regulă scrisă care a cunoscut o largă recunoaștere și dezvoltare în diverse sisteme de drept europene, chiar dacă nu are o definiție și nici nu există unanimitate în ceea ce privește natura sa legală.<sup>81</sup>

Tradiția dreptului natural a lăsat urme clare în Codul civil francez. Pe lângă buna-credință subiectivă limitată la anumite domenii, buna-credință obiectivă este evocată de art.1134 alin. 3 privind domeniul contractual. În secolul al XIX-lea, ideea de respectare a contractelor era oricum asigurată, nefiind nevoie de dublarea ei cu buna-credință.

În Germania, evoluția a fost diferită, unificarea politică târzie tergiversând elaborarea unui Cod civil până la sfârșitul secolului al XIX-lea. În secolul al XIX-lea, tribunalele și jurisții germani trebuiau să se bazeze pe *Corpus Iuris Civilis*. Având de a face cu probleme cu totul noi, mai ales în domeniul comercial, tribunalele germane au dezvoltat o tehnică pentru rezolvarea rațională a problemelor, făcând apel la vechea noțiune *bona fides*. Această tradiție specială germană s-a racordat cu ușurință articolului 242 din Codul civil german (B.G.B.), care de la început a facilitat succesul a patru concepte: *culpa in contrahendo*, îndatoririle accesorii, abuzul de drept și impreviziunea.

*Culpa in contrahendo* impune ca înainte de încheierea unui contract și în timpul negocierilor preliminare, părțile trebuie să respecte îndatoriri de siguranță, de informare și de loialitate. La început era vorba de evitarea păgubirii, iar mai tâziu noțiunea a evoluat în sensul protejării părții defavorizate: partea mai puternică, acționând cu loialitate și informând cealaltă parte, trebuie să evite ca slăbiciunea partenerului său să se transforme în dezechilibru contractual.

Îndatoririle accesorii contribuie la realizarea efectivă în materie contractuală a avantajelor recunoscute creditorului. Debitorul, în numele bunei-credințe, este obligat să aibă comportamentul necesar pentru realizarea integrală a prestației principale, de aici decurgând îndatoriri de protecție, informare și loialitate.

Abuzul de drept sau exercitarea inadmisibilă a unor avantaje juridice înseamnă că cel care ocupă o poziție mai favorabilă din punct de vedere juridic trebuie să o utilizeze în limitele prevăzute de sistemul de drept. Acesta nu poate acționa împotriva așteptărilor pe care le-a creat el singur (*venire contra factum proprium*) și nu va putea să se prevaleze de încălcările cauzate chiar de el (*tu quoque*) sau să acționeze fără a urmări un avantaj propriu doar pentru a aduce prejudiciu unui terț.

În cele din urmă, impreviziunea stabilește că și dacă orice contracte încheiate în mod liber trebuie să fie executate până la limita imposibilității, executarea nu poate fi cerută când circumstanțele care au însoțit încheierea contractului s-au modificat fundamental.<sup>82</sup>

În sistemele juridice continentale există două tipuri de abordări: cele care fac apel în mod explicit la buna-credință și cele care obțin rezultate comparabile mulțumită unui sistem de răspundere delictuală derivată din noțiunea generică de faptă ilicită și culpabilă. Sistemul de bună-credință explicită prin excelență este cel din Germania. Rațiuni istorice și culturale au făcut ca, de la început, tribunalele și doctrina să concretizeze această noțiune. Sistemul francez a găsit soluții comparabile mulțumită unei concepții flexibile a răspunderii civile. Răspunderea civilă se bazează pe cerința primordială a existenței unui fapte ilicite și culpabile (*faute*). Referirile la aceasta devin intuitive, uneori lipsind indicarea concretă a normei juridice încălcate. În fața instanțelor franceze se poate invoca o situație care nu este prevăzută expres în drept, invocând generic *facta ilicita* și *culpabilă* a unei persoane.<sup>83</sup>

Istoria modernă a conceptului de bună-credință în Franța este destul de sinuoasă. În perioada elaborării Codului civil francez, buna-credință ca și principiu fundamental al dreptului contractual se sprijinea pe tradiția dreptului canonic, pe lucrările lui Jean Domat și pe concepția moralizatoare a dreptului natural. Unul dintre redactorii Codului civil francez, Portalis, fixa ca și repere fundamentale ale contractului: buna-credință, reciprocitatea și egalitatea. Un proiect preliminar al codului civil vorbea de necesitatea *contractării* și executării cu bună-credință a



convențiilor, referirea la etapa precontractuală dispărând din varianta finală a art. 1134 al. 3 C.civ. fr. doar pentru că respectivul articol era încadrat la capitolul despre efectele obligațiilor. Articolul 1135 C.civ.fr. întărea această concepție, instituind printre altele echitatea, concept apropiat de buna-credință, ca sursă de obligații contractuale implicite.<sup>84</sup>

După intrarea în vigoare a Codului civil francez în 1804, concepția despre buna-credință cunoaște un evident regres ca urmare a transformării în dogmă a principiului autonomiei de voință și a temerii generate de arbitrariul judecătorilor ca amintire a exceselor vechiului regim pre-revoluționar, o zicală celebră invocând protecția divinității față de echitatea jurisdicțiilor supreme provinciale ("*Dieu nous garde de l'équité des Parlements*"). Conceptul de bună-credință părea un instrument periculos, care ar permite instanțelor să modifice ceea ce părțile au convenit, astfel că rolul bune-credințe a fost diminuat de doctrină la o simplă justificare istorică a distincției romane între contractele de drept strict și cele de bună-credință, distincție care căzuse însă în desuetudine cu mult înainte de intrarea în vigoare a Codului civil francez.

La sfârșitul secolului al XIX-lea, concepțiile se schimbă din nou și rolul creator al jurisprudenței nu mai este demonizat, iar concepția autonomiei de voință își pierde aura de dogmă necriticabilă. Noul Cod civil german din 1896 consacră un străvechi concept de bună-credință contractuală cu tentă obiectivă sub denumirea de "*Treu und Glauben*". Sfârșitul secolului al XIX-lea e marcat de consacrarea conceptuală a abuzului de drept, inclusiv în materie contractuală, dar acest concept învecinat nu este pus încă în legătură cu buna-credință.<sup>85</sup>

Jurisprudența franceză a manifestat în prima jumătate a secolului al XX-lea o anumită timiditate în a face referire la buna-credință contractuală, manifestările neloiale și inechitabile fiind sancționate indirect prin "interpretarea" chiar forțată a contractelor și prin consacrarea unor obligații implicite, cum este cea de securitate a beneficiarilor unui contract de transport de persoane. Un autor francez estima că doar din anii '60 ai secolului trecut se poate vorbi de o veritabilă consacrare doctrinară și jurisprudențială a principiului bune-credințe în materie contractuală, sub influența grijii pentru protejarea părții mai slabe sau a discuțiilor privind principiile comerțului internațional, abia la 20 martie 1985 fiind identificată prima hotărâre a Curții de Casație a Franței care admite un recurs fondat expres pe al. 3 al art. 1134 C.civ. fr. privind lipsa de bună-credință în executarea contractelor în cazul unei companii de asigurări care a refuzat să plătească indemnizația de asigurare pentru furt a unui autovehicul pe motiv că sistemul antifurt nu era un model agreat, deși nu indicase asiguratului modelele agreate și încasase primele de asigurare vreme de trei ani.<sup>86</sup>

## Concluzie

Evoluția abordării juridice a bune și rele credințe contractuale pe parcursul ultimelor două milenii și jumătate este marcată de o interacțiune permanentă între drept și morala socială sau religioasă care se infiltrează în acesta. Rigoarea și rigiditatea conceptelor pur juridice cedează până la urmă în fața presiunilor sociale. Normele juridice reprezintă de multe ori o "fotografie" a viziunii sociale de la momentul edictării lor și de aceea este nevoie de concepte generale flexibile, cum sunt buna și reaua-credință, care funcționează ca și veritabile

"supape de siguranță" ce permit racordarea dreptului contractual la evoluția moravurilor și a necesităților economico-sociale. Codificările academice moderne de tipul Principiilor Unidroit, Principiilor dreptului european al contractelor (P.E.C.L.) sau Cadrului comun de referință (D.C.F.R.) consacără o viziune cu coloratură obiectivă a conceptului de bună-credință în materie contractuală, apropiată poate mai mult ca oricând de viziunea clasică romană a *bona fides* sau de conceptul german de *Treu und Glauben*.

---

\* Asist.univ.drd., UBB Cluj-Napoca, avocat Baroul Cluj; marius\_floare@yahoo.com.

<sup>1</sup> B.Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Les Éditions Yvon Blais, 1998, p. 15

<sup>2</sup> P. Violette, *Histoire du droit civil français: accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Seconde édition, Éditeurs L. Larosse & Forcel, 1893, p. 589-599

<sup>3</sup> Idem, p. 600; E.-D. Glasson, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français*, Éditeur F. Pichon, Paris, 1904, p. 132

<sup>4</sup> J. Wertheimer, *Des Avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens en droit civil*, thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de l'Université de Paris, Libraires-Éditeurs V. Giard & E. Brière, Paris, 1899, p. 23

<sup>5</sup> J. Bédarride, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, 2e édition, Achille Makaire, imprimeur-éditeur, Aix, 1867

<sup>6</sup> L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile, Vol. II. Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 57-61

<sup>7</sup> B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (editori), *European Contract Law - Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier. European Law Publishers, München, 2008, pp. 151-152

<sup>8</sup> H.J. Berman, *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 1983, pp. 133-134

<sup>9</sup> H.J. Berman, op. cit. 1983, pp. 137-138

<sup>10</sup> M. Cordeiro, *La bonne foi à la fin du vingtième siècle*, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (Québec), vol. 26, nr. 2/1996, p. 230

<sup>11</sup> M. Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law* în R. Zimmermann, S. Whittaker (editori), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 77-78

<sup>12</sup> M. Schermaier, loc.cit., pp.78-80

<sup>13</sup> Idem, pp.82-83

<sup>14</sup> G. Boggini, *L'abus de droit et le principe de la la bonne foi – Aspects historiques et comparatifs*, în P.Widmer, B. Cottier (coordonatori), *Abus de droit et bonne foi*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1994, pp. 7-9; M. Schermaier, loc. cit., pp.86-88

<sup>15</sup> J. Boulaire, *Bona fides – Contribution à l'étude des fondements du principe de bonne foi en droit français des contrats*, thèse, Université Lille 2, 2006, p. 34

<sup>16</sup> É.M. Charpentier, *Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat*, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (Québec), vol. 26, nr. 2/1996, pp. 302-304

<sup>17</sup> G. Boggini, loc. cit., pp. 7-8; É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 304-305

<sup>18</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 304-306; J. Boulaire, op. cit. pp. 55-56

<sup>19</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 307-308

<sup>20</sup> B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (editori), op. cit. 2008, p.152; pentru o opinie diferită conform căreia *bonae fidei iudicia* nu au nicio legătură cu activitatea creatoare a pretorului urban sau peregrin, ci majoritatea erau îmbrăcate în veșmântul de acțiuni civile, pretorii doar culegând ceva ce exista deja în dreptul consuetudinar urban *mos maiorum* și se baza pe ancestrala *fides*, a se vedea J. Paricio, *Genesi e natura dei „bonae fidei iudicia”*, Atti del Convegno „Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica dell mondo antico”, Siena, 13-15 decembrie 2001, disponibil la [www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html](http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html)

<sup>21</sup> B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (editori), op. cit. 2008, p.153

- <sup>22</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 308-309
- <sup>23</sup> Idem, pp. 309-310
- <sup>24</sup> M. Schermaier, loc. cit., pp. 65, 74
- <sup>25</sup> Idem, p. 82
- <sup>26</sup> Idem, pp. 68-69
- <sup>27</sup> E.J. Bayley, *A Doctrine of Good Faith in New Zealand Contractual Relationships*, teză, Universitatea din Canterbury (Noua Zeelandă), 2009, disponibilă la [ir.canterbury.ac.nz](http://ir.canterbury.ac.nz), p. 8
- <sup>28</sup> M. Schermaier, loc. cit. supra, pp. 81-82
- <sup>29</sup> E.J. Bayley, op. cit. supra, pp. 9-10; R. Zimmermann, *The Law of Obligations : Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta and Co, Capetown, 1992, p. 681
- <sup>30</sup> M. Schermaier, loc. cit., p.89
- <sup>31</sup> G. Boggini, loc. cit. pp. 9-10
- <sup>32</sup> M. Schermaier, loc. cit., p. 89
- <sup>33</sup> H.J. Berman, op. cit. 1983, pp. 139-140
- <sup>34</sup> H.J. Berman, op. cit. 1983, pp. 148-149; a se vedea și R. Zimmermann, op. cit. 1992, pp. 561-562
- <sup>35</sup> H.J. Berman, *Law and Revolution II: the Impact of the Protestant Reformations on the western Legal Tradition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, 2003, pp. 156-157
- <sup>36</sup> É. Charpentier, *Un paradoxe de la théorie du contrat: l'opposition formalisme/consensualisme*, Les Cahiers du Droit (Université Laval, Québec), vol. 43, nr. 2/2002, pp. 280-281
- <sup>37</sup> J.P. Baud, *La bonne foi depuis le Moyen Age*, Conférence à l'Ecole doctorale des Sciences juridiques de l'Université Paris X - Nanterre, 2001, disponibil la <http://archive.choix-realite.org/?3173-la-bonne-foi-depuis-le-moyen-age>, notele 6-9
- <sup>38</sup> É. Charpentier, loc. cit. 2002, pp. 281-283; a se vedea și R. Zimmermann, op. cit. 1992, pp. 540-541, 551-553
- <sup>39</sup> M. Cordeiro, loc. cit., p. 230
- <sup>40</sup> J. Gordley, loc. cit. 2000, p.93
- <sup>41</sup> B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, op. cit., p. 154
- <sup>42</sup> B. Lefebvre, op. cit., p. 18; J. Gordley, *Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune*, în R. Zimmermann, S. Whittaker (editori), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 94
- <sup>43</sup> J. Gordley, loc.cit. 2000, pp.95-97
- <sup>44</sup> R. Zimmermann, op. cit. 1992, pp. 542-543
- <sup>45</sup> J. Gordley, loc. cit. 2000, pp.98-99
- <sup>46</sup> R. Zimmermann, op.cit. 1992, pp.664-671
- <sup>47</sup> J. Gordley, loc.cit. 2000, pp.101-102
- <sup>48</sup> Idem, pp.103-105
- <sup>49</sup> Idem, pp.106-107
- <sup>50</sup> Aristotel, *The Nicomachean Ethics*, translated by F.H. Peters, Fifth edition, Kegan Paul, Trench, Trubner & CO., Ltd., London , 1893, pp. 139, 144, 159, 174
- <sup>51</sup> J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp.93-111
- <sup>52</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 313-314
- <sup>53</sup> J. Gordley, loc. cit. 2000, pp. 93-99
- <sup>54</sup> Idem, p.103
- <sup>55</sup> G. Boggini, loc. cit., p. 12
- <sup>56</sup> J. Gordley, loc.cit. 2000, pp.108-110

<sup>57</sup> Idem, p.114

<sup>58</sup> J. Gordley, loc.cit. 2000, p.107

<sup>59</sup> J. Gordley, op.cit. 1991, pp. 56, 67

<sup>60</sup> J. Gordley, loc. cit. 2000, p.112

<sup>61</sup> J. Gordley, op. cit. 1991, p.56

<sup>62</sup> J. Gordley, op. cit. 1991, p.39; E.J. Bayley, op. cit., pp. 10-13

<sup>63</sup> J. Gordley, loc.cit. 2000, pp.115-116

<sup>64</sup> J. Gordley, op. cit. 1991, p. 10

<sup>65</sup> H.J. Berman, op. cit. 2003, p.157

<sup>66</sup> Idem, pp. 284-286

<sup>67</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 311-312

<sup>68</sup> J. Gordley, op. cit. 1991, p.74

<sup>69</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 314-315

<sup>70</sup> A. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, L. Larose et Forcel Libraires Editeurs, Paris, 1883, pp. 33-34

<sup>71</sup> J. Gordley, op. cit. 1991, p.73

<sup>72</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3e édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927, pp.145-150

<sup>73</sup> J. Domat, *Oeuvres complètes de J. Domat*, Nouvelle édition, Tome premier, Imprimerie de Firmin Didot, Paris, 1828, pp. 14-17

<sup>74</sup> É.M. Charpentier, loc. cit. 1996, pp. 317-318; J/ Domat, op. cit. supra, pp. 44, 54, 64

<sup>75</sup> E.J. Bayley, op. cit., pp. 13-14

<sup>76</sup> Idem, pp. 15-16

<sup>77</sup> Idem, pp. 16-17

<sup>78</sup> W. Tetley, *Good Faith in Contract - Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, 2004, disponibil la <http://www.mcgill.ca/maritimelaw/sites/mcgill.ca/maritimelaw/files/goodfaith.pdf>, pp. 8, 11

<sup>79</sup> E.J. Bayley, op. cit., pp. 18-19

<sup>80</sup> J. Gordley, loc.cit. 2000, pp.115-116

<sup>81</sup> B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, op. cit., pp. 155-156

<sup>82</sup> M. Cordeiro, loc. cit., pp. 231-232

<sup>83</sup> Idem, pp. 233-234

<sup>84</sup> D. Tallon, *Le concept de bonne foi en droit français du contrat*, Saggi, Conferenze e Seminari 15, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1994, notele 8-10

<sup>85</sup> A se vedea D. Tallon, loc. cit., nota 11

<sup>86</sup> D. Tallon, loc. cit., nota 12; J.P. Baud, loc. cit., nota 25

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **CONSIDERAȚII PRIVIND REGLEMENTAREA REPRODUCERII UMANE ASISTATE MEDICAL CU TERȚ DONATOR ÎN DREPTUL ROMÂN**

**Emeşe FLORIAN\***

**Résumé :** *Considérations sur la réglementation de la reproduction humaine médicalement assistée avec tiers donateur. En première pour le droit roumain, le code civil de 2009 contient des dispositions sur la reproduction humaine médicalement assistée, avec tiers donateur. Les textes y consacrés – art. 441-447 - se contentent à instituer des règles spéciales pour établir et pour assurer la stabilité de la filiation paternelle de l'enfant ainsi conçu.*

*Située à la frontière de la filiation naturelle avec celle adoptive, elle emprunte les traits de chacune d'elles : la consécration légale de la liaison de descendance suit les coordonnées générales de la filiation naturelle, mais elle reste fondée- comme l'adoption – sur le consentement exprimé par les futurs parents.*

*Nous nous sommes proposé une radiographie du sujet, en se penchant sur les règles qui, dans notre vision, ont valeur de principe dans cette matière, sur les conditions d'éligibilité des futurs parents, ainsi que sur le régime juridique de l'établissement de la filiation de l'enfant conçu par des techniques médicales impliquant un tiers donateur.*

**Cuvinte cheie:** *reproducere umană asistată medical, terț donator, filiație*

**Mots clés :** *reproduction humaine médicalement assistée, tiers donateur, filiation*

#### **Preliminarii**

Evoluția spectaculoasă a științelor medicale face posibilă accesarea unei „căi de atac” la „veto-ul” naturii opus dorinței unora dintre semenii, aleatoriu și poate, pe nedrept, de a avea copii: procreația medical asistată, denumire ce acoperă totalitatea practicilor clinice și biologice destinate procreerii in vitro, transferului de embrioni și inseminării artificiale, precum și orice altă tehnică având un efect echivalent,<sup>1</sup> pe scurt, procreația în afara procesului natural. Dispunem de cunoștințele și tehnologia necesară, barierele de ordin moral, etic și religios s-au mai voalat, astfel că fenomenul este mai lin receptat atât la nivelul mentalității ca sinteză colectivă de prejudecăți cât și, inevitabil, la nivelul delicateții alchimiei a conștiinței fiecăruia dintre noi. Nu ne rămâne decât să gestionăm cu înțelepciune roadele cunoașterii. Or aceasta presupune, ca prim pas, realizarea cadrului legal adecvat, menit să asigure protejarea juridică a ființei umane, în fiecare din dimensiunile sale, atât ca individ, cât și ca exponent al speciei.

Reglementarea cu caracter general a materiei - cuprinsă în art. 441-447 din Codul civil din 2009 (în continuare, NCC),<sup>2</sup> având ca „sediul” Secțiunea a 2-a, „Reproducerea umană asistată medical cu terț donator”, Capitolul II, „Filiația” din Cartea a II-a, „Despre familie” - are în vedere exclusiv reproducerea umană asistată medical (RUAM) cu terț donator, adică forma exogenă a procedurii medical, în cadrul căreia concepțiunea se realizează cu ajutorul materialului genetic exterior cuplului parental, sub forma donării de gameți sau a transferului de embrioni; în cazul formei endogene, adică a reproducerii umane asistate medical care se „rezumă” la fertilizarea extracorporală cu materialul genetic al cuplului parental, practic nu există consecințe asupra filiației pentru că aceasta, ca legătură „de sânge”, există între copil și ambii părinți, astfel încât sunt pedepin aplicabile regulile de drept comun privitoare la stabilirea filiației firești.<sup>3</sup>

Ceea ce conferă specificitate regulilor privitoare la stabilirea filiației în cazul copilului zămislit prin tehnici medicale este nu atât faptul că s-a făcut recurs la tehnicile medicale de reproducere umană, ci împrejurarea că înfăptuirea acestora a implicat un terț donator.<sup>4</sup>

### **Principiile materiei**

Din reglementarea fragmentară cuprinsă în Codul civil – cum însuși legiuitorul avertizează prin art. 447 NCC, conform căruia „Reproducerea umană asistată medical cu terț donator, regimul său juridic, asigurarea confidențialității informațiilor ce țin de aceasta, precum și modul de transmitere a lor se stabilesc prin lege specială” – deslușim sau întrezărim următoarele reguli fundamentale ale materiei:

- *prezervarea principiului mater in jure semper certa est*; maternitatea copilului născut prin concepțiune medical asistată se stabilește, ca și în cazul copilului născut prin concepțiune naturală, în temeiul faptului nașterii de către o femeie dată a unui copil anume, de plin drept, prin efectul legii, și se dovedește prin certificatul de naștere întocmit în registrul de stare civilă, precum și prin certificatul de naștere eliberat pe baza acestuia [art. 408 alin. (1), art. 409 NCC]. În cazul în care în actul de stare civilă al copilului a fost înregistrată ca mamă o altă femeie decât cea care l-a născut și această împrejurare este constatată judecătorește, maternitatea poate fi contestată de orice persoană, dovedind filiația reală a copilului prin orice mijloc de probă [art. 411 alin. (3) NCC]. Cu alte cuvinte, într-o manieră indirectă legea română respinge controversata tehnică a „maternității surogat”.<sup>5</sup>

- *principiul confidențialității oricăror informații referitoare la reproducerea umană asistată* [art. 445 alin. (1) NCC] – înainte de toate a datelor privind identitatea părinților sau a părintelui, a copilului născut prin concepțiune asistată medical, precum și a terțului donator<sup>6</sup> – este menit să protejeze dreptul la viață privată garantat prin art. 8 din Convenția europeană a drepturilor omului și art. 26 din Constituția României. De altfel, însuși consimțământul exprimat de viitorii părinți în fața notarului public în vederea concepțiunii asistate medical cu terț donator se bucură de confidențialitate [art. 442 alin. (1) NCC].

Fiind un act medical, reproducerea umană asistată intră sub incidența dreptului pacientului la confidențialitatea informațiilor medicale prevăzut prin art. 21 din Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului,<sup>7</sup> din aceleași considerente vizând protecția dreptului la viață privată [a se vedea, de asemenea, art. 74 lit. g) NCC].

În mod excepțional, legea permite autorizarea accesului la informații privind reproducerea umană asistată. Din rațiuni superioare, legate de prevenirea unui prejudiciu grav pentru sănătatea persoanei astfel concepute sau a descendenților acesteia ori pentru sănătatea unei persoane apropiate descendentului, instanța poate autoriza accesul limitat la date referitoare la reproducerea umană asistată medical după caz, medicului sau unei autorități – așadar, persoana astfel concepută ori descendenții săi și, cu atât mai puțin, părinții „oficiali” nu sunt printre beneficiarii nemijlociți al informațiilor de acest fel – iar transmiterea datelor are loc în condiții de confidențialitate. [art. 445 alin. (2) și (3) NCC].

- principiul excluderii legăturii de filiație între copil și donator [art. 441 alin. (1) NCC], în sensul că, în cazul reproducerii umane asistate medical nu se va putea stabili nicio legătură de filiație între donator și copilul astfel conceput. Este corelativul indispensabil al principiului confidențialității informațiilor privind reproducerea umană asistată, inclusiv a datelor referitoare la identitatea donatorului.

De asemenea, prin art. 441 alin. (2) NCC, donatorul este protejat într-o manieră fermă de orice acțiune în răspundere îndreptată împotriva sa pe temeiul concepțiunii copilului.

- principiul asimilării situației juridice a copilului astfel conceput cu situația copilului născut prin concepțiune naturală, însemnând că, în raporturile dintre copil și tată, drepturile și obligațiile sunt aceleași și au conținut identic (art. 446 NCC). Semnalăm o ipoteză în care generalitatea principiului nondiscriminării, expres reiterat în privința acestei categorii de copii prin art. 446 NCC, pare a fi ignorat de legiuitor: potrivit art. 7 alin. (4) și (5) din Legea nr. 273/2004 privind regimul juridic al adopției,<sup>8</sup> copilul din afara căsătoriei a cărui paternitate a fost stabilită pe cale de recunoaștere a tatălui – este și cazul copilului născut prin RUAM – poate fi adoptat de către soția tatălui numai dacă filiația paternă este confirmată prin rezultatul expertizei realizate prin metoda serologică ADN. Cu alte cuvinte, dacă filiația față de tată a copilului din afara căsătoriei conceput prin RUAM este stabilită prin recunoașterea tatălui, practic devine imposibilă adopția copilului de către soția tatălui – evident, o persoană diferită de cea care a dat naștere copilului – pentru că dovada pretinsă de legea specială a adopției este imposibil de produs, neexistând nicio legătură biologică între tată și copil.

- principiul caracterului imutabil al filiației; nimeni nu poate contesta filiația copilului pentru motive ce țin de reproducerea asistată medical și nici copilul astfel născut nu poate contesta filiația sa [art. 443 alin. (1) NCC]. Rațiunea este aceea de a asigura, pe temeiul consimțământului fiecăruia dintre părinți exprimat în vederea realizării procedurii medical (art. 442 NCC), stabilitatea stării civile a copilului a cărui filiație legală nu are acoperirea realității biologice; realitatea biologică este și trebuie să rămână ocultă dat fiind principiul confidențialității informațiilor referitoare la reproducerea umană asistată medical [art. 445 alin. (1) NCC], inclusiv a datelor privitoare la identitatea terțului față de care, oricum, nu poate fi stabilită nicio legătură de filiație [art. 441 alin. (1) NCC].

Sub aspectul obiectului, principiul în discuție acoperă atât legătura de filiație maternă - astfel cum rezultă din actul de naștere al copilului, indiferent dacă mama copilului este sau nu căsătorită la data concepțiunii – cât și, în cazul copilului conceput de femeia căsătorită, legătura de filiație paternă – prezumată față de soțul sau fostul soț al mamei. Sub aspectul subiectiv, principiul are de asemenea acțiune generală, în sensul că nimeni, nici însuși

copilul nu are îndrituirea de a se adresa instanței pentru a obține înlăturarea filiației sale [art. 443 alin. (1) NCC].

Regula caracterului incontestabil al filiației copilului cunoaște două abateri prevăzute prin art. 443 alin. (2) și (3) NCC, ambele interesând filiația paternă prezumată a copilului din căsătorie care poate fi tăgăduită în condițiile speciale anume prevăzute. Pentru identitate de rațiune, soluția trebuie să fie aceeași în cazul fostului soț al mamei.

### ***Părinții în înțelesul reglementărilor privind filiația în cadrul reproducerii umane asistate cu terț donator***

Aspirațiile parentale ale oricărei persoane sunt umane; a le da curs cu ajutorul tehnicilor medicale este, moral și legal, imperios a fi riguros condiționate.<sup>9</sup> Legislația franceză poate fi un bun exemplu în acest sens: procedeul medical are caracter terapeutic, adică este tratat ca remediu al infertilității patologice diagnosticată medical sau menit să prevină transmiterea unei maladii grave copilului sau unuia dintre părinți (Codul sănătății publice, art. L.2141-2); persoana sau, după caz, fiecare dintre membrii cuplului solicitant trebuie să aibă vârsta biologic aptă pentru procreere (art. L. 2141-2, al. 3), pentru ca o eventuală cerere „tardivă”, la o etate nefirească, să nu tulbure ordinea naturală a generațiilor.<sup>10</sup>

Paza caracterului curativ al procedeei medicale, preconizat și de legiuitorul nostru,<sup>11</sup> este relevant în contextul discuției noastre sub aspectul caracterului restrictiv al accesului la astfel de proceduri, astfel încât RUAM să rămână într-un cadru moral-etic acceptabil, fără riscul de a fi transformat într-un instrument la îndemâna capriciilor sau extravaganțelor personale.<sup>12</sup>

În același timp, RUAM este privită ca modalitate de „terapie a cuplului”, cu semnificative consecințe în privința filiației paterne a copilului care, prin naștere, fie dobândește o paternitate prezumată asemenea copilului din căsătorie, fie premisele stabilirii paternității din afara căsătoriei față de partenerul mamei necăsătorite.

Deosebit de riguroasă este în această privință legislația franceză, potrivit căreia numai un cuplu poate deveni beneficiar al RUAM, înțelegând prin cuplu fie cel marital, fie comunitatea de viață care durează de cel puțin 2 ani (art. L 2141-1 din Codul sănătății publice);<sup>13</sup> este de asemenea consacrat caracterul subsidiar al procreației exogene cu un singur donator sau, cu totul excepțional, cu doi donatori, astfel că preferința pentru forma endogenă a RUAM reduce considerabil incidența situațiilor în care filiația biologică este diferită de cea legală.

Cu premisa de mai sus, în înțelesul prevederilor din această materie ale Codului civil român, termenul „părinți”, desemnează fie un cuplu format dintr-un bărbat și o femeie, căsătoriți între ei sau nu, întrucât legea nu distinge, fie o femeie singură [art. 441 alin. (3) NCC].

Legea nu condiționează accesul la asemenea procedee medicale de statutul de persoană căsătorită dar, ori de câte ori este vorba de cuplu, acesta nu poate fi compus decât dintr-un bărbat și o femeie.

Cât privește „femeia singură” ca potențial părinte, nu rezultă neîndoielnic dacă se are în vedere numai femeia necăsătorită care nu are un partener de viață sau și femeia care, deși nu e „singură”, doar ea solicită să devină părinte. Credem că accepțiunea largă a noțiunii poate găsi sprijin indirect în prevederile art. 443 alin. (2) NCC, conform cărora



soțul mamei poate tăgădui paternitatea copilului dacă el nu a consimțit la reproducerea asistată medical cu terț donator, de unde rezultă că ar fi suficient numai consimțământul soției – al „femeii singure” – lipsa consimțământului soțului și, pentru identitate de rațiune, a concubinului, neîmpiedicând realizarea procedurii medical, dar având consecințe asupra modului de stabilire a filiației paterne a copilului astfel conceput. Spre aceeași concluzie îndeamnă argumentele CC cuprinse în Decizia nr. 418/2005<sup>14</sup> pronunțată asupra sesizării de neconstituționalitate a Legii privind sănătatea reproducerii și reproducerea umană asistată în cadrul căreia, la pct. 5, Curtea, examinând critica referitoare la încălcarea dispozițiilor art. 16 din Constituție prin instituirea unei „discriminări nepermise între indivizi și cupluri cu privire la dreptul de a beneficia de asistență medicală în ceea ce privește reproducerea”, a constatat că o atare cerință încalcă principiul egalității în fața legii și a autorităților publice; „caracterul discriminatoriu al reglementării este cu atât mai evident – se mai arată prin aceeași Decizie – cu cât satisfacerea unei asemenea exigențe de care, în viziunea legiuitorului, depinde însăși existența dreptului nu dă expresie manifestării unilaterale de voință a persoanei interesate în reproducere, ci implică și un act de voință convergent din partea unui potențial partener de sex opus. Doar pe calea acordului de voință dintre parteneri se realizează cuplul. Or, așa fiind, recunoașterea calității de titular al dreptului de a beneficia de reproducere asistată medical exclusiv cuplului contravine prevederilor art. 16 alin. (1) din Constituție.”

Condiția esențială pentru efectuarea procedurii de reproducere medical asistată cu terț donator - reiese din cele statuate prin art. 442 NCC - este existența consimțământului fiecăruia dintre părinți adică, ținând seama de prevederile art. 441 alin. (3) NCC, a viitoarei mame și a viitorului tată formând un cuplu căsătorit sau necăsătorit, ori a femeii singure care dorește să devină mamă.

Consimțământul este prealabil concepțiunii și se exprimă în formă solemnă, prin înscris autentic notarial în condiții care să asigure deplina confidențialitate, cu obligația stabilită în sarcina notarului public de a informa părinții sau, după caz, părintele, mai înainte de exprimarea consimțământului, cu privire la consecințele actului lor privind filiația copilului. În cazul cuplurilor, credem că informarea trebuie să insiste asupra consecințelor consimțământului în ceea ce privește modul de stabilire a paternității copilului, după caz, din căsătorie sau din afara căsătoriei, precum și asupra regimului juridic particular al filiației astfel stabilite (art. 443, 444 NCC).

Consimțământul dat poate fi revocat în mod expres oricând până în momentul realizării concepțiunii medical asistate, inclusiv „în ultimul moment”, în fața medicului care asigură asistența de specialitate [art. 442 alin. (2) teza II NCC].

Manifestarea de voință rămâne fără efect dacă, până în momentul realizării concepțiunii, a survenit decesul, a fost introdusă o cerere de divorț sau a intervenit separația în fapt [art. 442 alin. (2) teza I NCC].

Aceste împrejurări sunt de raportat la proiectul parental comun al unui cuplu, căsătorit sau nu. Se înțelege, introducerea unei cereri de divorț este cauză de ineficacitate a consimțământului numai cu referire la cuplul căsătorit, în vreme ce separația faptică are consecințe asupra consimțământului fără a deosebi după cum respectivul cuplu este sau nu căsătorit, întrucât legea nu distinge.

În cazul femeii singure, decesul acesteia împiedică în mod obiectiv realizarea concepțiunii.

### ***Reguli speciale de stabilire a filiației copilului conceput prin tehnici medicale cu terț donator***

În ceea ce privește maternitatea copilului născut prin reproducerea asistată medical cu terț donator, aceasta se stabilește făcându-se abstracție de caracterul medical asistat al concepțiunii, adică la fel ca în cazul copilului zămislit pe cale naturală.

Ca și în cazul oricărui copil, modul de stabilire a filiației paterne este funcție de starea civilă a mamei la data concepției sau al nașterii copilului.

Când părintele copilului este femeia singură, în principiu, copilul va fi din afara căsătoriei; totuși, dacă până la data nașterii sale mama se căsătorește, soțul mamei va fi prezumat tatăl copilului întrucât art. 414 alin. (1) NCC instituie prezumția de paternitate a soțului mamei fără nicio rezervă sau distincție, iar pe de altă parte potrivit art. 446 NCC tatăl are aceleași drepturi și obligații față de copilul născut prin reproducere asistată cu terț donator ca și față de copilul născut prin concepțiune naturală.

Dacă acțiunea prezumției de paternitate este indistinctivă ori de câte ori la data nașterii copilului mama este căsătorită – oricare era statutul său la data recurgerii la RUAM – înlăturarea prezumției urmează un regim special, restrictiv în comparație cu dreptul comun în materie.

Potrivit art. 443 alin. (1) NCC, nimeni nu poate contesta filiația copilului pentru motive ce țin de reproducerea asistată medical și nici copilul astfel născut nu poate contesta filiația sa. De la regula tocmai enunțată există două abateri, două situații în care acțiunea în tăgada paternității este admisibilă din rațiuni de domeniul evidenței: soțul mamei nu a consimțit la reproducerea asistată medical realizată cu ajutorul unui terț donator [art. 443 alin. (2) NCC]; se contestă faptul concepțiunii copilului în acest mod [art. 443 alin. (3) NCC].

În ceea ce privește tăgada paternității pentru lipsa consimțământului soțului mamei, întrucât filiația față de soțul mamei are ca fundament “voința procreativă” exprimată prin consimțământul dat,<sup>15</sup> dacă acest consimțământ nu există, prezumția de paternitate aplicată copilului de plin drept în baza art. 414 alin. (1) NCC poate fi înlăturată, exclusiv la cererea soțului mamei sau, pentru identitate de rațiune, a fostului soț al mamei.

Cerința de admisibilitate a lipsei consimțământului soțului mamei are în vedere atât lipsa propriu-zisă a consimțământului – pentru că nu a fost exprimat sau a fost refuzat – cât și lipsa acestuia la data realizării concepțiunii întrucât, deși inițial fusese dat, a fost retras ori a rămas fără efect prin introducerea unei cereri de divorț sau prin separația în fapt a părților, mai înainte de concepțiunea copilului [art. 442 alin. (2) NCC].

Consimțământul nerevocat în mod expres sau tacit – prin introducerea cererii de divorț, separația părților - până la data realizării concepțiunii face inadmisibilă cererea soțului sau al fostului soț (avem în vedere fostul soț prin efectul divorțului obținut în cererea introdusă ulterior concepțiunii copilului).

Dacă, la data exprimării consimțământului, bărbatul în cauză și-a dat acordul în calitate de partener al mamei necăsătorite, menținându-l, și ulterior concepțiunii copilului dar

Înainte de nașterea acestuia părțile s-au căsătorit, credem că eventuala acțiune în tăgada paternității soțului mamei este inadmisibilă, întrucât ceea ce întrezărește este asumarea de către acesta, prin consimțământul exprimat, a responsabilităților părintești, iar nu calitatea în care le-a asumat, de partener sau de soț.

Situația este diferită în cazul consimțământului dat și menținut de către partenerul mamei necăsătorite care, până la data nașterii copilului s-ar căsători cu un alt bărbat. Suntem de părere că soțul mamei este îndrituit să formuleze acțiune în tăgada paternității fără a distinge după cum, la data încheierii căsătoriei cunoștea sau nu starea de graviditate a soției și circumstanțele concepțiunii copilului, cu precizarea că odată ce copilul devine din afara căsătoriei, fostului partener al mamei îi sunt aplicabile prevederile art. 444 NCC referitoare la răspunderea tatălui.

Întrucât consimțământul în vederea proiectului parental se cere a fi exprimat în fața notarului public [art. 442 alin. (1) NCC], ne întrebăm dacă un consimțământ care nu respectă cerința formei solemne poate întemeia acțiunea în tăgada paternității; ipoteza e mai curând teoretică, cu siguranță legea specială prin care se va reglementa regimul juridic al reproducerii umane asistate medical (a se vedea art. 447 NCC) va institui garanții care să preîntâmpine astfel de „incidente” însă, ca exercițiu teoretic, nu credem că un viciu de formă ar putea înarma cu o acțiune în tăgada paternității cu deznodământ dinainte știut.

Cea de-a doua abatere de la principiul imutabilității filiației copilului în care este admisibilă acțiunea în tăgada paternității are în vedere contestarea însuși faptului că nașterea copilului este consecința concepțiunii în afara procesului natural. Potrivit art. 443 alin. (2) NCC, „în cazul în care copilul nu a fost conceput în acest mod, dispozițiile privind tăgăduirea paternității rămân aplicabile”.

Prin ipoteză, soțul mamei și-a exprimat consimțământul, procedul medical a fost realizat, dar se contestă faptul că respectivul copil ar fi fost într-adevăr conceput în acest fel. În alte cuvinte, temeiul de fapt al cererii în tăgada paternității este relația extraconjugală a mamei, ale cărei consecințe – concepțiunea copilului – ar fi fost disimulate de către soție prin recursul la reproducere medical asistată.

Suntem de părere că dispoziția în sensul că „în cazul în care copilul nu a fost conceput în acest mod, dispozițiile privind tăgăduirea paternității rămân aplicabile” [art. 443 alin. (3) NCC] face necesare corecții care exced „puterilor” interpretului, altminteri există riscul compromiterii rațiunilor care au condus la instituirea principiului imutabilității stării civile a copilului conceput prin reproducere asistată medical cu terț donator.

Înainte de toate, este de observat că, spre deosebire de tăgada paternității pentru lipsa consimțământului *lato sensu* al soțului mamei, de astă regimul acțiunii în dezavuarea paternității este cel de drept comun, lăsându-se să se înțeleagă că dreptul la acțiune aparține soțului mamei, mamei, copilului, pretinsului tată biologic, precum și moștenitorilor fiecăruia dintre aceștia [art. 429 alin. (1) NCC].

Oricine ar fi reclamantul în acțiunea în tăgăduirea paternității, acesta va putea dovedi fără nicio dificultate, prin probe științifice, că este cu neputință ca soțul mamei să fie tatăl copilului [art. 414 alin. (2) NCC] obținând astfel înlăturarea prezumției de paternitate a copilului, fără ca faptul probat – lipsa legăturii de sânge dintre copil și soțul mamei – să

lămurească în vreun fel dacă nașterea copilului se datorează sau nu concepțiunii medical asistate. Dacă este îndeajuns ca oricare dintre titularii dreptului la acțiune în tăgada paternității să pretindă că beneficiarul prezumției de paternitate nu a fost conceput prin procedeu medical realizat pentru a se obține înlăturarea paternității soțului mamei (sau a fostului soț), este în pericol însuși principiul incontestabilității stării civile a copilului consacrat prin art. 443 alin. (1) NCC. Pentru a menține acest risc în limite rezonabile, prin compromisul cerut de interesul legitim al soțului al cărui consimțământ ar fi fost manipulat, deturnat de către soție, era necesar ca legiuitorul să circumstanțieze dreptul la acțiune în tăgăduirea paternității pentru motivul că un copil născut de soție (fosta soție) nu a fost conceput pe cale medicală, eventual rezervând această îndrituire exclusiv soțului sau fostului soț al mamei.

Pe de altă parte, cum s-a remarcat în doctrina franceză în legătură cu dispozițiile art. 311-20 alin. (2) C.civ. fr., foarte apropiate în conținut de cele cuprinse în art. 443 alin. (3) NCC – întrucât în cursul acțiunii în tăgada paternității proba faptului că nașterea copilului soției nu este urmarea concepțiunii medical asistate cu terț donator este cel puțin dificilă – dată fiind complicitatea principiului confidențialității oricăror informații referitoare la reproducerea umană asistată medical, art. 445 NCC – paternitatea prezumată poate fi înlăturată cu ușurință inclusiv în cazul copilului într-adevăr conceput medical, cu neajunsul major al imposibilității stabilirii, pe cale judecătorească cel puțin, a filiației sale paterne.<sup>16</sup>

Dacă părinții copilului conceput prin reproducere asistată medical cu terț donator nu sunt căsătoriți nici la data concepțiunii, nici la data nașterii copilului, acesta nu va beneficia de o paternitate prezumată. Copilul fiind din afara căsătoriei, filiația sa față de tată poate fi stabilită față de partenerul mamei care a consimțit în vederea realizării concepțiunii medical asistate cu terț donator fie pe cale de recunoaștere, fie pe cale judecătorească. Așa rezultă din cele statuate prin art. 444 NCC, anume că „Cel care, după ce a consimțit la reproducerea asistată medical cu terț donator, nu recunoaște copilul astfel născut în afara căsătoriei, răspunde față de mamă și față de copil. În acest caz, paternitatea copilului este stabilită pe cale judecătorească în condițiile art. 411 și 423”.

În ceea ce privește recunoașterea de paternitate, în lipsa oricăror precizări, aceasta poate îmbrăca oricare din formele prevăzute de art. 416 alin. (1) NCC, adică declarație la serviciul de stare civilă, înscris autentic sau testament.

Date fiind circumstanțele concepțiunii copilului, precum și existența consimțământului bărbatului în vederea realizării concepțiunii medical asistate cu terț donator, consimțământ nerevocat până la data efectuării actului medical, credem că se putea imagina o soluție legislativă mai promptă din perspectiva interesului superior al copilului de a avea consacrată filiația, în sensul ca manifestarea de voință a bărbatului să fie asimilată recunoașterii de paternitate, pedepplin producătoare de efecte juridice de la data nașterii sau, cât privește drepturile, de la data concepției copilului.<sup>17</sup>

Întrucât nu sunt derogări exprese de la dreptul comun în materie de stabilire a paternității din afara căsătoriei, ne întrebăm dacă, asemenea recunoașterii filiației de „sânge”, mărturisirea de paternitate a copilului născut prin RUAM poate face obiectul unei acțiuni în nulitate sau în anulare (art. 418, 419 NCC).<sup>18</sup> Suntem tentați să conchidem în sensul că interdicția oricărei acțiuni în contestarea filiației, dictată de rațiuni ce țin de caracterul medical

asistat al concepțiunii [art. 443 alin. (1) NCC] se cuvine receptată într-un sens larg, al opunerii la orice tentativă de „dezavuare” a paternității, inclusiv pe cale de acțiune în nulitate sau anulare. Însă, față de cazurile de nulitate a recunoașterii de filiație în general, enumerate de art. 418, 419 NCC, concluzia n-ar fi cu totul ferită de îndoială; bunăoară, ar fi dificil de admis că, numai în cazul RUAM, recunoașterea de filiație este valabilă chiar dacă nu îmbracă una din formele pretinse de art. 416 NCC sub sancțiunea nulității absolute.

Stabilirea pe cale judecătorească a paternității are, după cum reiese din prevederile art. 444 NCC – „Cel care, după cea consimțită la reproducerea asistată medical cu terț donator, nu recunoaște copilul astfel născut în afara căsătoriei răspunde față de mamă și față de copil. În acest caz, paternitatea copilului este stabilită pe cale judecătorească în condițiile art. 411 și 423” – nu doar caracter subsidiar ci și sancționator, atrăgând răspunderea bărbatului față de mamă și față de copil.

Acțiunea în stabilirea paternității are caracteristicile acțiunii „de drept comun”, adică ale acțiunii în stabilirea paternității copilului născut prin concepțiune naturală, atât sub aspectul dreptului la acțiune și al imprescriptibilității acestuia, cât și al exercitării dreptului la acțiune [art.425 și art. 427 NCC]; cererea se îndreaptă împotriva bărbatului al cărui consimțământ exprimat a fost menținut și producător de efecte la data concepțiunii copilului sau, după caz, a moștenitorilor acestuia [art. 425 alin. (3) NCC].

Obiectul probațiunii este esențial diferit față de acela întâlnit în acțiunea în stabilirea paternității copilului conceput pe cale naturală, întrucât nu se tinde la dovedirea legăturii biologice dintre presupusul tată și copilul născut în urma intervenției medicale cu terț donator - o astfel de legătură este exclusă prin definiție – ci a faptului existenței și eficacității consimțământului bărbatului care a fost parte a proiectului parental la data realizării procedurii medical.<sup>19</sup> Prin urmare, în apărare, pârâul s-ar putea prevala fie de lipsa consimțământului său întrucât nu și-a dat consimțământul sau acordul dat a fost revocat în scris, fie de lipsa de efecte a consimțământului cauzat de separația păților mai înainte de realizarea concepțiunii copilului, fie, în cazul acțiunii îndreptate împotriva moștenitorilor presupusului tată, de faptul decesului bărbatului survenit înainte de data concepțiunii copilului [art. 442 alin. (2) NCC].

Potrivit indicației cuprinse în teza a II-a a dispoziției din art. 444 NCC, „paternitatea copilului este stabilită pe cale judecătorească în condițiile art. 411 și 423”. Trimiterile se fac la prevederile referitoare la filiația față de mamă în cazul posesiei de stat conformă cu actul de naștere al copilului (art. 411 NCC), respectiv la cele stabilind regimul juridic al acțiunii în stabilirea maternității (art. 423 NCC). Întrucât în contextul art. 444 NCC stabilirea filiației paterne pe cale judiciară constituie obiect de preocupare, mărturisim, nu reușim să deslușim sensul trimiterii la norme interesând filiația față de mamă. Din câte am înțeles noi, filiația față de mamă a copilului, conceput pe cale naturală sau medicală, se stabilește în același mod, adică, în principal prin efectul legii și dovedit prin actul de naștere al copilului [art. 408 alin. (1) NCC], iar în subsidiar, prin recunoaștere sau prin hotărâre judecătorească, în cazurile și în condițiile prevăzute de art. 415 alin. (1), respectiv art. 422 NCC. Am subînțeles că acțiunea în stabilirea paternității copilului conceput prin reproducere medical asistată cu terț donator are ca premisă legătura de maternitate stabilită potrivit legii. Trimiterea la dispozițiile art. 411 NCC ar putea sugera, cel mult, că pârâul din acțiunea în stabilirea

paternității se poate apăra invocând o hotărâre judecătorească prin care s-a stabilit fie substituirea de copii, fie înregistrarea ca mamă a altei femei decât cea care a născut copilul, numai că, dacă așa este, discuția nu mai poartă asupra stabilirii paternității pe cale judecătorească, precum indică art. 444 NCC.

Omisiunea bărbatului care a consimțit la concepțiunea medical asistată cu terț donator de a recunoaște paternitatea copilului născut, atrage răspunderea acestuia față de mamă, precum și față de copil, stabilește legiuitorul în cuprinsul art. 444 teza I NCC. Răspunderea este atât de natură morală, concretizată prin posibilitatea „impunerii” paternității prin hotărâre judecătorească, cu toate consecințele calității de părinte (art. 446 NCC), cât și de natură patrimonială.

Sub acest din urmă aspect, răspunderea față de mama copilului are în vedere, în opinia noastră, dreptul la despăgubiri al mamei conform art. 428 NCC din materia stabilirii paternității copilului din afara căsătoriei pe cale judecătorească;<sup>20</sup> o indicație expresă privind aplicabilitatea prin analogie a dispoziției amintite ar fi fost necesară, pentru că ar fi risipit orice îndoială, inclusiv referitot la caracterul subsidiar al acțiunii în despăgubiri față de acțiunea principală în stabilirea paternității copilului [art. 428 alin. (4) NCC].

În ceea ce privește răspunderea tatălui față de copil, sub aspect patrimonial, credem că se are în vedere posibilitatea obligării bărbatului în cauză la plata unor despăgubiri reprezentând cheltuielile făcute cu întreținerea copilului până la data introducerii acțiunii în stabilirea paternității; prin hotărârea de admitere, instanța se va pronunța, chiar și din oficiu, asupra obligației de întreținere față de copil [art. 438 alin. (1) NCC].

### **Concluzii**

Reglementările consacrate reproducerii umane asistate medical cu terț donator sunt susceptibile de ameliorare. Neîndoielnic, chestiunea centrală în materie este instituirea de reguli speciale de fixare a filiației persoanei concepute prin tehnici medicale și, în egală măsură, de reguli menite să asigure imutabilitatea legăturilor filiale astfel stabilite. Această formă de filiație, aflată la granița dintre filiația firească și cea adoptivă, împrumută din caracteristicile fiecăreia: stabilirea legăturii de descendență urmează coordonatele generale ale filiației firești, dar temeiul său este, ca și în cazul adopției, consimțământul exprimat de viitorii părinți.

Legiuitorul Codului civil român, urmând modelul legislației franceze în materie, a preluat și unele soluții interesând stabilirea filiației care, în aprecierea noastră, riscă să devină surse de vulnerabilitate a imutabilității acesteia.

---

\* Conf.univ.dr., UBB Cluj-Napoca; florian.emese23@yahoo.com.

<sup>1</sup> Definiția urmează coordonatele noțiunii de “tehnici de procreere medical asistată” exprimate prin art. L. 2141-1 din Codul francez al sănătății publice.

În accepțiunea Proiectului de Lege privind reproducerea umană asistată medical cu terț donator, reproducerea umană asistată medical cu terț sonator desemnează „ansamblul de proceduri și tehnici în cadrul cărora materialul reproducător provine de la un terț donator” [art. 3 lit. a)]. Precizăm că Proiectul de Lege privind reproducerea umană asistată medical se află pe masa de lucru a Parlamentului României: a fost adoptat tacit de Senatul României la data de 06. nov. 2013 și trimis Camerei Deputaților spre dezbateri ([www.cdep.ro](http://www.cdep.ro)).

Cu privire la „odiseea” efortului legislativ în această materie a se vedea S. Guțan, *Reproducerea umană asistată medical și filiația*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p. 214-228

<sup>2</sup> Legea nr. 287/2009 privind Codul civil (M.Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, republicată, cu modificările ulterioare).

<sup>3</sup> F. Granet-Lambrechts, *Filiation de l'enfant conçu par procréation assistée avec don de gamètes: dispositions spéciales*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), Dalloz, cinquième édition, 2010, p.628, nr. 215.21.

<sup>4</sup> În sensul prevederilor Proiectului de Lege privind reproducerea umană asistată medical, „terțul donator desemnează persoana majoră în viață, având capacitate deplină de exercițiu, care, în urma analizelor de laborator, se dovedește a fi capabil de procreare, de la care se prelevează voluntar gameți pentru utilizare terapeutică, pe baza consimțământului neviciat, prealabil, expres și exprimat în scris [art. 3 lit. d)].

<sup>5</sup> Maternitatea de „substituție” sau maternitatea „surogat”, cum sunt numite generic și indistinctiv procedeele de procreație pentru altul și de gestație pentru altul, au ca particularitate juridică comună acordul prealabil concepției copilului intervenit între mama purtătoare, pe de o parte, și mama sau părinții solicitanți pe de altă parte, având ca obiect procreația sau/și gestația, copilul astfel conceput sau născut urmând a fi „remis” mamei sau cuplului solicitant. Pentru nuanțări de ordin terminologic a se vedea G. Lupașcu, I. Apetrei, *Filiația în cadrul asistenței medicale a procreării (II)*, *Dreptul*, nr. 9/2001, p. 49.

Cu privire la aceste controverse consemnate de literatura juridică a se vedea, bunăoară, F. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, 8e éd., Dalloz, 2011, p. 761-774, nr. 817-826; C. Richard, *Sanction de la gestation pour autrui (GPA)*, *AJ Famille*, nr. 11/2013, p. 600-601; V. Avena-Robardet, *Pas de régularisation du recours aux mères porteuses*, *AJ Famille*, nr. 1/2009, p. 3-6;

<sup>6</sup> Nu mai puțin adevărat, principiul în discuție se află sub asaltul dreptului la identitate al persoanei, al dreptului fiecăruia de a-și cunoaște propriile origini, ce tinde a se afirma ca drept fundamental, parte integrantă a dreptului la protecția vieții private a persoanei garantate prin art.8, dreptul la respectarea vieții private și de familie, din Convenția europeană a drepturilor omului. În sensul că „în prezent, dreptul la cuniașterea originii capătă noi valențe și legiitorii sunt tot mai presați să intervină (cum este cazul Suediei și Angliei, care au renunțau la anonimul absolut, premiând copilului, la o anumită vârstă, să ceară informații privind originea sa)”, S. Guțan, *op. cit.*, p. 3.

Cu privire la dreptul la identitate în jurisprudența CEDO, a se vedea C. Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 605-610, nr. 22-25. R. Chiriță, *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentarii și explicații*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 426-427, nr. 19. Pentru o trecere în revistă a celor mai reprezentative situații de fapt din jurisprudența CEDO legate de dreptul persoanei de a-și cunoaște propria identitate biologică, a se vedea „The right to know one's biological identity?” în „Biotethics and the case-law of de Court”, *Research report*, p. 44-50, European Court of Human Rights, 2012, accesabil pe adresa [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (Case-law – Case Law Analysis – Research Reports).

<sup>7</sup> M. Of. nr. 51 din 29 ianuarie 2003.

<sup>8</sup> Republicată, M.Of. nr. 259 din 19 aprilie 2012.

<sup>9</sup> Pentru aceeași concluzie, a se vedea D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu, *Noile reglementări în materia filiației*, *Pandectele Române*, nr. 6/2011, p. 69.

<sup>10</sup> F. Granet-Lambrechts, *loc. cit.*, în *Droit de la famille*, de P. Murat (coordonator), *op. cit.*, p. 626-628, nr. 215.11-215.14.

<sup>11</sup> Avem în vedere cele statuate prin art. 5 din Proiectul de Lege privind reproducerea umană asistată medical cu terț donator, potrivit căroră “Scopul asistenței medicale în domeniul reproducerii umane asistate medical este acela de a răspunde cererii unor părinți de a remedia infertilitatea cu caracter patologic, care a fost diagnosticată, sau de a evita transmiterea unei maladii de o anumită gravitate la copil”. În același sens sunt prevederile art. L 2141-1 alin. 1 din Codul sănătății publice francez.

- <sup>12</sup> Nu este de neglijat nici impactul pe care l-ar putea avea asupra sănătății publice proliferarea necontrolată medical al unor astfel de proceduri – J. Montgomery, *Rights, Restraints and Pragmatism. The Human Fertilisation and Embriology Act 1990*, în *Modern Law Review*, vol. 54, 1991, p. 526.
- <sup>13</sup> Întrucât legea franceză a adopțiilor, la fel ca și cea română, permite adopția de către o persoană celibatară, observațiile exprimate în doctrina franceză vizând caracterul discriminatoriu al restrângerii „dreptului” la procreația medical asistată, rezervat cuplurilor heterosexuale căsătorite sau nu, au fost calificate ca fiind lipsite de relevanță, deoarece adopția privește un copil născut și urmărește suplinirea deficitului afectiv parental, în vreme ce procreația medicală „proiectează” un viitor copil, astfel că societatea are față de acesta datoria de a-l înzestra cu ambii părinți. A se vedea *P. Courbe*, *Droit de la famille*, 2e ed. édition, Dalloz, 2001, p. 357, nr. 915.
- <sup>14</sup> M. Of. nr. 664 din 26 iulie 2005.
- <sup>15</sup> *P. Courbe*, *A. Gouttenoire*, *Droit de la famille*, 6e éd., Dalloz, 2013, p. 437, nr. 1173
- <sup>16</sup> *F. Granet-Lambrechts*, loc. cit., în *Droit de la famille*, de *P. Murat* (coordonator), op. cit., p. 629, nr. 215.27; *F. Terré*, *D. Fenouillet*, op. cit., p. 812, nr. 871;
- <sup>17</sup> Pentru opinia conform căreia era de preferat ca manifestarea de voință a bărbatului favorabilă reproducerii asistate medical cu terț donator, exprimată în forma autentică, să fie asimilată recunoașterii voluntare de paternitate în forma înscrisului autentic, a se vedea *F. Granet-Lambrechts*, loc. cit., în *Droit de la famille*, de *P. Murat*, (coordonator), op. cit., p. 629, nr. 215.25.
- <sup>18</sup> În reglementarea anterioară, în tăcerea Codului familiei, problema anulabilității recunoașterii de filiație, maternă sau paternă, a divizat literatura de specialitate. Potrivit unei opinii, de impecabilă acuratețe logică și juridică, recunoașterea de filiație este un act juridic complex ce nu poate fi asimilat pur și simplu actului juridic civil pentru a fi supusă aceluiași tratament juridic. Prin manifestarea de voință a autorului recunoașterii nu se crează un raport de filiație, aceasta există cu sau fără actul recunoașterii, mărturisirea acestei legături servește probațiunii sale. Când recunoașterea este conformă cu realitatea, legătura de filiație n-ar putea fi înlăturată pe motiv că voința autorului a fost viciată prin eroare, dol sau violență; de altfel, într-o asemenea situație, reclamantul nu ar justifica vreun interes în promovarea acțiunii în anularea recunoașterii pentru că, afirmând în fața instanței că a recunoscut, bunăoară din eroare, un copil care este al său, practic el exprimă o nouă recunoaștere, în formă autentică. Dacă însă viciul de consimțământ stă la originea recunoașterii neconforme cu realitatea, autorul are deschisă calea acțiunii în contestarea recunoașterii de filiație – a se vedea *A. Ionașcu*, *M. Mureșan*, *M.N Costin*, *V. Ursa*, *Filiația și ocrotirea minorilor*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1980, p. 70-71.
- Într-o altă opinie, însușită de legiuitorul noului Cod civil, teoria viciilor de consimțământ se poate aplica fără dificultăți majore și în materie de recunoaștere de filiație, cu avantajul de ordin practic pentru autorul recunoașterii de a se pune la adăpost față de o eventuală acțiune în a mamei sau, după caz, a copilului, pentru prejudiciul cauzat printr-o „mărturisire” nesinceră de filiație. Pentru dezvoltări și repere bibliografice, a se vedea *M. Avram*, *Filiația. Adopția națională și internațională*, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 26-29.
- <sup>19</sup> *F. Granet-Lambrechts*, loc. cit., în *Droit de la famille*, de *P. Murat* (coordonator), op. cit., p. 629, nr. 215.25.
- <sup>20</sup> Pentru aceeași concluzie, *G. C. Frențiu*, *Comentariu*, art. 444, în *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, colectiv, Ed. Hamangiu, București, 2012, vol. I., p. 645, nr. 7.



## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **FAPTELE JURIDICE LICITE – SURSE DE OBLIGAȚII**

Călina JUGASTRU\*

*„Plus encore que d'autres institutions, le quasi-contrat est le produit de l'histoire, mais un produit controversé. Son évolution peut être résumé en trois étapes: une origine romaine; une crise à la fin du siècle dernier; une renaissance contemporaine”<sup>1</sup>*

**Résumé: Les faits juridiques licites – sources d'obligations.** La gestion d'affaires et la répétition de l'indu étaient réglementés dans l'ancien Code civil roumain. Le nouveau Code civil ajoute l'enrichissement sans cause. Sources autonomes d'obligations, ces trois faits licites trouvent leur fondement dans l'équité.

Le gérant s'occupe – volontairement et opportunément – des affaires d'une autre personne (le maître ou le géré). Si les conditions de la gestion d'affaires sont réunies, le maître est tenu à rembourser les dépenses nécessaires et les dépenses utiles. Dans des grandes lignes, la nouvelle réglementation ne change pas la physionomie essentielle de la gestion d'affaires, telle comme celle-ci est traditionnellement connue (quelques éléments de nouveauté sont apparus, en ce qui concerne ses conditions).

Tout paiement suppose une dette. Ce qui a été payé sans être dû, est sujet à la répétition. Celui qui a reçu l'indu doit nécessairement le restituer au solvens (qui a payé sans dette), si les conditions sont remplies: un paiement indu, l'intention d'éteindre une dette, l'erreur du solvens (l'erreur est une condition relative).

L'enrichissement sans cause était, initialement, une création jurisprudentielle. Il s'agit, le même temps, d'un principe fondamental du droit et d'un fait juridique licite. Le Code civil roumain contient des textes qui représentent des applications de l'enrichissement injustifié. La nouvelle réglementation mentionne, en détail, les conditions, les effets, les obstacles à l'action en restitution et le double plafond de l'indemnité.

**Mots-clés:** faits licites, gestion d'affaires, répétition de l'indu, enrichissement sans cause, notions, conditions, effets.

**Cuvinte cheie:** fapte juridice licite, gestiune de afaceri, plată nedatorată, îmbogățire fără justă cauză, noțiuni, condiții, efecte

Trei fapte juridice licite – izvoare de obligații au consacrară expresă în noul Cod civil român. Cronologia legală enumeră gestiunea de afaceri, plata nedatorată și îmbogățirea fără justă cauză. Reglementarea este așteptată, binevenită și explicită. Poate s-ar fi convenit ca îmbogățirea fără justă cauză să ocupe prima secțiune a faptului juridic licit, având în vedere că

este în discuție un fapt juridic și totodată, un principiu fundamental de drept (sprijinit pe echitate), care întemeiază soluțiile oferite gestiunii de afaceri și plății nedatorate.

## **Capitolul 1. Gestiunea de afaceri<sup>2</sup>**

### **Secțiunea 1. Noțiune**

„Există gestiune de afaceri atunci când, fără să fie obligată, o persoană, numită gerant, gestionează în mod voluntar și oportun afacerile altei persoane, numită gerat, care nu cunoaște existența gestiunii sau, cunoscând gestiunea, nu este în măsură să desemneze un mandatar ori să se îngrijească în alt fel de afacerile sale” [art. 1330 alin. (1) noul C. civ.]. Textul definește gestiunea de afaceri prin precizarea condițiilor acesteia. Suntem în prezența gestiunii de afaceri<sup>3</sup> – fapt juridic licit – ori de câte ori o persoană numită gerant, gestionează în mod voluntar și oportun, afacerile altei persoane, numită gerat, aceasta din urmă necunoscând existența gestiunii sau, cunoscând-o, nu este în măsură a desemna un mandatar sau a se îngriji în alt fel de afacerile sale.

În linii generale, noua reglementare nu schimbă fizionomia gestiunii de afaceri, așa cum este cunoscută, ca instituție tradițională a dreptului român. Elemente de noutate – unele discutabile – apar în ceea ce privește condițiile cerute gestiunii.

### **Secțiunea a 2-a. Condițiile gestiunii de afaceri**

Articolul 1330 cuprinde *condițiile gestiunii de afaceri*: gerarea intereselor altei persoane (2.1.); intenția de a lucra pentru altul (2.2.); oportunitatea gestiunii (2.3.); imposibilitatea, pentru gerat, de a se ocupa de propriile afaceri (2.4.).

#### **§ 1. Gerarea intereselor altei persoane**

##### **1.1. Conținutul gestiunii de afaceri**

„Există gestiune de afaceri atunci când, fără să fie obligată, o persoană, numită gerant, gestionează [...] afacerile altei persoane”. Prima condiție este reprezentată de activitatea de gerare a intereselor altei persoane. Gerantul trebuie să efectueze operațiuni care să intre în conținutul activității de gestionare a intereselor altei persoane. Obiectul gestiunii este înțeles în prezent extensiv. Pe de o parte, textul legii nu aduce referiri la tipul operațiunilor care intră în sfera gestiunii, iar, pe de altă parte, interesele geratului îmbracă forme multiple și diverse. Singura condiție impusă de art. 1330 noul C. civ. este ca actele să fie oportune.

Noul Cod nu a adus modificări în ceea ce privește conținutul gestiunii de afaceri. Domeniul gestiunii de afaceri cuprinde două categorii de acte: acte juridice și acte materiale. Cel care îndeplinește pentru altul acte juridice (întreruperea unei prescripții, încheierea unui contract de asigurare) sau acte materiale (stinge un incendiu, repară un acoperiș luat de furtună) trebuie să fie indemnizat<sup>4</sup>.

Câteva **mențiuni** în ce privește actele juridice care intră în conținutul gestiunii de afaceri.

– gerantul poate încheia *acte de conservare* și *acte de administrare*. În principiu, actele de conservare și actele de administrare (contractul pentru efectuarea unor reparații, întreruperea unei prescripții, închirierea unui bun) intră în limitele inițiativei gestorului de afaceri. Aceasta întrucât gestiunea se fundamentează pe utilitate și oportunitate; ori, utile sunt actele prin care se preîntâmpină pierderea unui drept și actele de punere în valoare a patrimoniului;

– *actele de dispoziție nu intră în sfera gestiunii*. După cum s-a afirmat, actele de dispoziție pot fi prejudiciabile pentru gerat: e normal să reparați ori chiar să închiriezi imobilul proprietarului absent; nu este însă normal să îl vinzi<sup>5</sup>. În schimb, fac obiectul gestiunii unele acte de dispoziție care, raportat la întregul patrimoniu (nu în raport cu bunurile, privite *ut singuli*), dobândesc caracterul unor acte de conservare ori de administrare (de exemplu, vânzarea unor bunuri perisabile), împiedicând o pierdere iminentă;

– sfera gestiunii trebuie înțeleasă în cea mai largă accepțiune, în sensul că se extinde și asupra executării unor obligații personale cu caracter patrimonial, ce revin geratului potrivit legii<sup>6</sup> (exemplul oferit în doctrină este cel al obligației legale de întreținere față de copii, atunci când această obligație este îndeplinită de gerant). De asemenea, legiuitorul, „în textele dedicate gestiunii, nu prohibește aplicabilitatea acestei figuri juridice și la acte nepatrimoniale, astfel încât considerăm admisibilă extinderea excepțională a gestiunii și la acestea”<sup>7</sup>.

– actele juridice pot fi acte *încheiate fără reprezentare* și *acte încheiate cu reprezentare*. În prima situație, acționând în nume propriu, gerantul își asumă toate consecințele juridice ale actelor perfectate cu terții. În cea de a doua situație, gestorul de afaceri acționează în numele geratului. Ambele situații sunt detaliate în art. 1336 noul C. civ.

## 1.2. Inițiativa geratului

Noul Cod civil precizează că gerantul „*gestionează în mod voluntar*” afacerile altuia. Gestorul intervine „voluntar” în treburile altuia, adică fără să fie obligat – ceea ce sugerează inițiativa de moment a geratului, spontaneitatea, intenția de serviabilitate, în sensul de a face un serviciu altuia. Se exclude, așadar, acțiunea care are la bază un contract ori o prevedere legală – altele decât cele referitoare la gestiunea de afaceri. Intenția de a lucra pentru altul semnifică, în acest context, lipsa însărcinării prealabile și plasează conduita geratului în afara instituției mandatului.

Codul civil consacră două *situații* diferite, în raport cu atitudinea geratului față de gestiune. Apreciem că numai prima dintre cele două atitudini menționate de lege se circumscrie instituției gestiunii de afaceri.

*În prima ipoteză legală, geratul nu cunoaște existența gestiunii*. Este de la sine înțeles că nu poate fi vorba nici de consimțământul celui gerat, dar nici de opoziția acestuia. În acest caz, suntem în prezența gerării intereselor altuia.

*A doua ipoteză a legii este cea în care geratul are cunoștința de gestiune, dar nu este în măsură să desemneze un mandatar ori să se îngrijească în alt fel de afacerile sale.*

Formularea textului conduce la concluzia că gerantul cunoaște gestiunea – dar nu este în măsură să preia rezolvarea afacerilor sale și nici nu încredințează unui mandatar această problemă. Nu intră în discuție vreo opoziție față de amestecul gerantului, dar trebuie luat în calcul *mandatul tacit* (pentru acte juridice), atâta timp cât geratul cunoaște și acceptă gestiunea.

Sunt necesare câteva *observații*. În înțelesul cel mai pur al gestiunii de afaceri, aceasta se caracterizează prin absența consimțământului geratului și, deci, prin lipsa opoziției sale, pe motiv că nu cunoaște existența imixtiunii în treburile personale. Ori, atâta timp cât geratul cunoaște că altcineva lucrează pentru el și nu se opune, interpretarea este în sensul că el a consimțit la gestiune, tocmai pentru că a avut cunoștință de aceasta, dar, din motivele arătate de lege, nu s-a putut ocupa de propriile afaceri. Dacă cel gerat se opune inițiativei gerantului, dar gestiunea începe sau continuă, devine operantă răspunderea delictuală. Art. 987 C. civ. de la 1865 era tranșant și era mai clar în această privință: „Acela care, cu voință, gere interesele altuia, fără cunoștința proprietarului [...]”.

Explicându-se această condiție a gestiunii de afaceri (actele de gestiune să fie săvârșite fără imputernicire și fără știrea geratului sau, cu știrea geratului, fără ca acesta să poată desemna un mandatar sau fără a se putea ocupa de afacerile sale), s-a menționat că intervenția gerantului este, în principiu, spontană<sup>8</sup>. «Dacă geratul ar cunoaște iminenta intervenție a gerantului, fără să se opună, se poate interpreta că a fost de acord cu încheierea actului și deci nu mai poate fi vorba de o gestiune de afaceri, ci de un contract de mandat. Totuși, legiuitorul nu permite o asemenea interpretare tradițională. Dacă *geratul cunoaște faptele de gestiune*, dar nu se află „în măsură”<sup>9</sup> de a desemna un mandatar care să se ocupe de propriile-i afaceri sau dacă el însuși nu se putea ocupa de acele afaceri, nedesemnând un mandatar, deși era în măsură să o facă. Așadar, chiar și în ipoteza cunoașterii de către gerat a gestiunii de către un terț a propriilor afaceri, dacă există o gestiune oportună, trebuie să considerăm că există gestiune de afaceri, cu condiția ca geratul să nu fi putut desemna un mandatar. În ipoteza *indiferenței geratului* însă – dacă geratul a cunoscut existența gestiunii și nu s-a „obosit” să desemneze un mandatar deși putea să o facă, avem în realitate de a face cu un mandat tacit. Pe de altă parte, simpla cunoaștere a gestiunii nu înlătură, astfel cum am observat, valoarea de gestiune de afaceri»<sup>10</sup>.

Considerăm că formularea art. 1330 alin. (1) noul C. civ., care se dorește a defini gestiunea de afaceri (prin precizarea condițiilor sale), operează un amalgam care eclipsează adevărata fizionomie a acestui fapt juridic licit. Numai prima dintre cele două ipoteze legale semnifică – în sensul celui mai riguros limbaj juridic – gestiune de afaceri. Prima teză a art. 1330 alin. (1) constă în gerarea intereselor unei alte persoane, cu totul străină de operațiunile îndeplinite de gestor, așa încât ea nu are posibilitatea să își exprime nici acordul, nici opoziția. Cea de a doua teză a art. 1330 alin. (1) aduce în ecuație un mandat tacit (pentru actele juridice), atâta timp cât geratul cunoaște existența gestiunii, dar nu se opune. Nu au relevanță motivele pentru care geratul, cunoscând gestiunea, o permite. Cu atât mai mult, cu cât în art. 1331 C. civ. se prevede obligația gerantului de a aduce la cunoștința geratului intervenția, iar cunoașterea gestiunii atrage incidența regulilor mandatului. Legea menționează doar că geratul „nu este în măsură să desemneze un mandatar ori să se îngrijească în alt fel de afacerile sale”. Era suficient

enunțul clar al art. 1330 C. civ., teza I, în sensul că geratul nu cunoaște existența gestiunii, așa încât formularea legală să evite orice suprapunere a gestiunii cu mandatul tacit.

A doua teză din definiția gestiunii (geratul cunoaște existența gestiunii, dar nu se opune) este preluată după Codul civil francez și după Codul civil Quebec, care consacră gestiunea în ambele variante – cu știrea, respectiv fără știrea geratului (art. 1372)<sup>11</sup>. Doctrina franceză a reacționat față de prevederea Codului Napoleon, arătând că formularea textului legal este enigmatică: dacă geratul „cunoaște și nu protestează, nu trebuie considerat că a consimțit tacit, de așa manieră încât s-a format un contract?”<sup>12</sup>.

Au existat unele tentative de identificare a unor situații care să susțină textul francez, pentru situația în care geratul cunoaște conduita și intențiile gerantului, de manieră a permite concluzia că în cazurile respective, este gestiune și nu mandat. De exemplu, situația în care geratul nu se poate opune inițiativei gerantului din cauza depărtării spațiale între cei doi; sau, atunci când gestiunea este, în fapt, un act de devotament (observația autorilor a fost că este preferabil a pune în discuție gestiunea de afaceri, pentru a nu recurge la instituția ofertei de a contracta, al cărei autor este salvatorul, acceptant fiind cel asistat).

Apreciem că acest demers, de identificare a unor situații concrete, care să se plieze pe enunțul Codului francez<sup>13</sup> și să îl justifice, rămâne artificial. Gestul de a veni în ajutorul unei persoane aflate în nevoie este unul dezinteresat ori, după caz, este expresia obligației legale de a acorda ajutor celui aflat în situațiile expres menționate de Codul penal. Nu este gestiune de afaceri, un argument în plus este acela că, în situațiile arătate, nu este în discuție „averea” sau patrimoniul beneficiarului, ci integritatea persoanei acestuia.

Ar rămâne că, atunci când geratul cunoaște actele de gestiune și nu se opune, spontaneitatea intervenției să departajeze gestiunea de mandat. Ori, mandatul este acord de voință, iar cunoașterea gestiunii și tolerarea acesteia (prin lipsa opoziției) evocă tocmai acordul, în acest caz, tacit. În concluzie, cunoașterea inițiativei gerantului și lipsa împotririi geratului nu poate avea decât semnificația unui mandat tacit. De altă parte, opoziția geratului naște consecințe speciale, reglementate în art. 1338 noul C. civ., cu trimitere la instituția răspunderii civile.

## § 2. Intenția de a gera interesele altuia

Voința de a lucra pentru altul este esențială pentru a caracteriza gestiunea de afaceri. Sintagma „în mod voluntar” (art. 1330 noul C. civ.) evocă intenția de a interveni în favoarea unei alte persoane. Imixtiunea în treburile altuia este intenționată. Noul Cod civil a păstrat, în termeni apropiați, formularea Codului civil de la 1865, care vorbește de gerarea „cu voință” a intereselor altuia.

Distingem următoarele **ipoteze**:

1. *Gerantul lucrează exclusiv în interesul altuia*, urmărind evitarea unei cheltuieli în patrimoniul geratului și având intenția de a-l obliga pe gerat la rambursarea sumelor cheltuite – nu este gestiune de afaceri.

2. *Gerantul acționează, deopotrivă, în interes propriu și în interesul altei persoane*. Conduita în interes mixt profită și geratului, de la care gerantul intenționează să recupereze cheltuielile aferente cotei beneficiarului. Cel care administrează bunul indiviz și avansează sumele

necesare reparării acestuia are calitatea de gestor de afaceri pentru efectele actelor săvârșite în interesul altuia<sup>14</sup>. Proiectul francez al Codului obligațiilor a cuprins explicit această situație, în art. 1329: „Regulile gestiunii de afaceri se aplică, în mod asemănător, atunci când gestiunea este întreprinsă nu numai în interesul exclusiv al altuia, dar și în interes comun al altuia și al gerantului”; cheltuielile și pierderile – se mai precizează – se vor repartiza proporțional între cei interesați. Este suficient un „mobil parțial” – cu alte cuvinte și gestiunea afacerilor altuia<sup>15</sup>; va fi gestiune pentru efectele produse de intervenția gestorului în afacerile celeilalte persoane.

3. *Gerantul lucrează cu credința eronată că acționează pentru sine*<sup>16</sup> – situație în care nu este gestiune de afaceri. Art. 1330 alin. (2) lămurește această ipoteză, precizând că „cel care fără să știe, lucrează în interesul altuia nu este ținut de obligațiile ce îi revin, potrivit legii, gerantului. El este îndreptățit la restituire potrivit regulilor aplicabile îmbogățirii fără justă cauză”<sup>17</sup>.

4. *Persoana care administrează afacerile altuia este animată de intenție liberală*, dorind să îl îmbogățească pe gerat (intenția liberală trebuie dovedită, ea nu se prezumă)<sup>18</sup>. Este situația expres menționată de art. 1330 alin. (3) C. civ. Prezența lui *animus donandi* exclude *animus gerandi*<sup>19</sup>.

5. *Nu este gestiune de afaceri dacă sunt săvârșite acte/fapte în executarea obligațiilor pe care cel ce le-a realizat le are, în legătură cu bunurile unei alte persoane* (de exemplu, actele de administrare a bunurilor minorului aflat sub tutela celui ce îndeplinește actele respective). Art. 1330 alin. (1) C. civ. afirmă că este gestiune atunci când persoana acționează „fără să fie obligată”. Se admite, în practica judiciară, că este gestiune numai pentru ceea ce excede obligației legale sau contractuale, dacă nu există intenție liberală<sup>20</sup>.

### § 3. Oportunitatea gestiunii

În exprimarea art. 1330 C. civ., afacerile altei persoane se cer a fi gerate „în mod voluntar și oportun”. „Voluntar” înseamnă dorința gerantului de a interveni în sprijinul altuia. „Oportunitatea” este condiția validării gestiunii de afaceri și este, totodată, limita impusă de lege pentru a stăvili inițiativele intempestive de a administra pentru altul.

Distanțându-se de linia tradițională, legiuitorul renunță la ideea de utilitate și introduce, în art. 1330, cerința *oportunității* gestiunii. Sursa de inspirație a constituit-o doctrina recentă franceză, care conține discuții ample pe marginea oportunității și care afirmă că în cazul gestiunii de afaceri, termenul „utilitate” are conotații particulare. Se oferă exemplul celui care ajută o persoană aflată în pericol și în cursul actelor de salvare suferă el însuși un prejudiciu. Această persoană va putea fi despăgubită, chiar dacă actul său nu a fost fructuos și cel în pericol nu a fost salvat. Ceea ce are relevanță, din perspectiva cheltuielilor și a despăgubirilor este, în opinia arătată, nu *rezultatul obținut*, ci *rezultatul scontat*. În contextul gestiunii de afaceri, este util să se acționeze, chiar dacă acțiunea nu este utilă<sup>21</sup>. În aceeași ordine de idei, utilitatea gestiunii va fi apreciată – în vederea restituirii sumelor cheltuite și a reparării pagubei – *in concreto* și nu în mod abstract. Raportarea se va face nu la ceea ce se înțelege în mod obișnuit prin acte utile de gestiune, ci la ceea ce gerantul a întreprins efectiv, în circumstanțele particulare de speță, cu excepția cazului când a săvârșit o eroare gravă, care nu poate fi scuzată<sup>22</sup>. Remarcăm faptul că și art. 1337 alin. (1) C. civ. român obligă geratul la cheltuieli și, după caz, despăgubiri către gerant, „chiar dacă rezultatul nu a fost atins”.

Considerăm că inițiativa noului Cod civil de a subordona gestiunea de afaceri condiției oportunității este discutabilă. În primul rând, trebuie avut în vedere înțelesul termenilor legali utilizați, operându-se diferențele necesare. „Oportun” evocă ceea ce se face la momentul potrivit, adecvat situației, împrejurărilor<sup>23</sup>, în timp ce „util” înseamnă ceea ce este folositor, necesar, ceea ce se întâmplă la timp, la momentul oportun<sup>24</sup>. Sunt termeni de dicționar relevanți în contextul calificării gestiunii, mai ales că limbajul juridic nu le-a consacrat o altă semnificație decât cea din vocabularul obișnuit. Oportunitatea sugerează mai curând că intervenția gerantului a avut loc la momentul potrivit, decât că a fost folositoare. Pe când un act util este, simultan, un act folositor și un act săvârșit la momentul oportun (potrivit). Este de bun simț că o conduită este folositoare dacă a fost săvârșită la momentul potrivit; altfel, ea nu putea fi folositoare. Termenul „oportun” este prea îngust pentru a cuprinde și utilitatea; pe când cuvântul „util” înglobează oportunitatea. Gestiunea trebuie să profite geratului, să îi fie folositoare, aceasta fiind caracteristica de esență a acestui fapt juridic licit, ce mizează pe inițiativa spontană a gerantului.

În al doilea rând, este lipsit de realism demersul de a explica utilitatea prin conotații străine termenului „util”. Examinarea tezei avansate în doctrina franceză și expusă anterior permite concluzia că tentativa de a conferi termenului utilitate conotații particulare în raport cu gestiunea de afaceri, este interesantă. Totuși, acest demers nu este în ton cu realitatea cotidiană și cu realitatea juridică și este forțat: gestiunea trebuie să profite geratului, altfel nu își găsește rostul. Încă un argument, pentru a recurge la termenul „utilitate”. Chiar și adepții oportunității acceptă că, în concret, oportunitatea poate, uneori, să excludă utilitatea. Se oferă, în acest sens, exemplul persoanei care intervine spontan pentru altul dar nu obține un rezultat favorabil; el va fi indemnizat, dar ca o „răsplată” pentru inițiativa sa, nu pentru rezultatul obținut, care nu coincide cu rezultatul scontat. Are relevanță, deci, intenția și nu finalitatea gestului. Ori, instanței de judecată îi revine sarcina de a cerceta în ce măsură actele sunt folositoare geratului, contribuind la evitarea unei pierderi sau la un spor de valoare, cu cheltuieli minime. Absența rezultatului face imposibilă evaluarea (sub aspect patrimonial) a conduitei gestorului. Se poate ajunge la calificarea ca gestiune de afaceri a unor situații care să fie departe de a fi utile sau chiar la denaturarea fizionomiei juridice a acestei instituții<sup>25</sup>.

Considerăm că soluția de tradiție a dreptului român trebuia păstrată, utilitatea fiind piatra unghiulară a gestiunii de afaceri. *Utilitatea* desemnează, în înțelesul clasic al termenului, faptul că gestiunea este folositoare geratului, prin săvârșirea ei evitându-se o pierdere patrimonială, cu un efort de întindere relativ mică; cuantumul cheltuielilor avansate este inferior valorii pierderii patrimoniale iminente în lipsa acestor cheltuieli. Vechile prevederi în materie<sup>26</sup>, precum și explicațiile doctrinei juridice române și jurisprudența majoritară<sup>27</sup>, converg în a arăta că o gestiune este utilă atunci când este folositoare geratului, adică atunci când, prin conduita gerantului, s-a evitat o pierdere patrimonială ori a avut loc sporirea valorii unui bun al stăpânului afacerii.

Utilitatea este, de altfel, singura legitimare a cheltuielilor indispensabile conservării bunului (cheltuielile necesare) și a cheltuielilor care asigură sporirea valorii economice a acestuia (cheltuielile utile<sup>28</sup>). Gerantul este îndreptățit la recuperarea cheltuielilor necesare și utile. În absența legiferării condiției utilității (cerându-se doar oportunitatea), instanțele de judecată, se vor afla în situația dificilă de a examina doar dacă actele gerantului au fost săvârșite la momentul oportun (potrivit), fără a fi necesar să examineze dacă au fost și folositoare. Mergând

la art. 1339 C. civ., se arată că, *per a contrario*, gestiunea inoportună înglobează „acte și cheltuieli care, fără a fi necesare sau utile, au fost efectuate [...]”. Însă, așa cum am arătat, „oportun” nu înseamnă și „util”; prin urmare, „inoportun” nu înseamnă, în mod necesar, „inutil”.

Oportunitatea gestiunii este, în concepția noului Cod civil, o chestiune de fapt, care se apreciază în raport cu momentul efectuării actelor/faptelor de gestiune. Art. 1337 alin. (3) C. civ. stipulează: „Caracterul necesar sau util al actelor și cheltuielilor se apreciază la momentul la care gerantul le-a făcut”. Rezultă că nu va avea relevanță eventuala deteriorare sau distrugere a bunului datorită forței majore sau cazului fortuit (de exemplu, bunul a fost, ulterior, distrus total într-un cutremur).

#### **§ 4. Imposibilitatea, pentru gerat, de a se ocupa de propriile afaceri**

Legea nu detaliază motivele care îl împiedică pe gerat să acționeze el însuși, să își desemneze un mandatar sau să se îngrijească în alt mod de afacerile sale. Simpla pasivitate a geratului este suficientă, în ipoteza legală a cunoașterii gestiunii. Am menționat deja, cunoașterea gestiunii și abținerea de la luarea măsurilor pentru a o continua, semnifică *acord tacit* din partea geratului.

Potrivit art. 1330 alin. (2) C. civ., *persoana care, fără să știe, lucrează în interesul altuia nu este ținută de obligațiile ce îi revin, potrivit legii, gerantului*. Este ipoteza în care persoana are credința – eronată – că acționează pentru sine (de exemplu, cel care, având reprezentarea faptului că este moștenitor, aduce reparații unui bun succesoral, dar testamentul descoperit ulterior îl dezmoștenește). În acest caz nu este gestiune de afaceri. În absența intenției de a interveni voluntar în afacerile altuia, restituirea urmează regulile îmbogățirii fără justă cauză.

Conform alin. (3) al art. 1330 C. civ., nu există gestiune de afaceri atunci când cel care administrează afacerile unei alte persoane acționează cu intenția de a o gratifica. În această ipoteză, persoana lucrează în scopul de a aduce un spor patrimonial altuia, nu gerează cu intenția de a recupera eventualele cheltuieli.

### **Secțiunea 3. Obligațiile gerantului**

#### **§ 1. Obligația de înștiințare**

Obligația de a-l înștiința pe gerat despre începerea gestiunii, de îndată ce acest lucru este posibil, revine gerantului. Fiind vorba de o intervenție spontană, determinată de iminența pierderii care amenință patrimoniul geratului, este firesc ca gerantul să îl încunoștințeze, din proprie inițiativă, pe proprietar. Nimeni nu poate administra mai bine o afacere decât proprietarul acesteia, așa încât este firesc ca gerantul să întreprindă demersurile de rigoare pentru ca cel în cauză să cunoască existența gestiunii. Totodată, gerantul, având inițiativa gestiunii, nu poate abandona lucrarea până când va avea siguranța că nu există riscul unor pierderi ori până când geratul, reprezentantul sau moștenitorii acestuia o pot prelua.

Consacrarea acestei obligații în sarcina gerantului, este binevenită. Îndatorirea de a-l anunța imediat ce e posibil, pe gerat, imprimă o notă în plus de responsabilitate pentru gerant. Practic, sunt două obligații ale gerantului care se constituie în două pârghii care se



subsumează rolului de a descuraja inițiativele intempestive: obligația de înștiințare (art. 1331 C. civ.) și obligația de continuare a gestiunii (art. 1332 C. civ.).

## § 2. Continuarea gestiunii

Obligația de a continua gestiunea este cunoscută și sub denumirea de *obligație de perseverență*. Justificarea acestei îndatoriri se găsește în faptul că părăsirea gestiunii expune geratul unor daune; ori, atâta timp cât a acționat fără ordinul sau dispoziția proprietarului, nu este echitabil a abandona o afacere înainte de a se asigura că are cine să o preia sau că nu sunt riscuri. Scopul pentru care a fost consacrată această obligație este de a împiedica terții să se amestece în afacerile altora, în afara condițiilor strict reglementate: „Gestiunea de afaceri pare legată altruismului și diverselor sentimente care îl inspiră. Altruismul veleitar este periculos; preferabil să nu faci nimic decât să începi ceva fără a termina; pentru a descuraja acest tip de altruism, legea impune gerantului o obligație de perseverență. Dar, altruismul, în sine, este o virtute; legea acordă, de asemenea, o serie de drepturi gerantului”<sup>29</sup>.

Limita până la care se întinde îndatorirea de continuare a gestiunii este reprezentată fie de inexistența vreunui risc ca geratul să fie prejudiciat prin abandonarea afacerii de către gerant, fie de preluarea gestiunii de către gerat, reprezentantul ori moștenitorii acestuia. Din această perspectivă, s-a afirmat, încă sub vechea reglementare, că gestorul de afaceri are o situație mai grea decât cea a mandatarului, care, cu notificare prealabilă, poate renunța la mandat<sup>30</sup>. Noul Cod civil pare a face și mai dificilă și, deci, mai responsabilă, poziția gestorului de afaceri, întrucât art. 1333 instituie, în continuarea aceleiași idei, obligativitatea continuării gestiunii de către moștenitorii gerantului, în considerarea neprejudicierii geratului și a faptului că sunt continuatorii personalității defunctului. Succesorilor le sunt aplicabile aceleași condiții pe care legea le-a impus antecesorului lor.

## § 3. Diligența datorată de gerant

Lucrând pentru altul, gerantul va da dovadă de prudența unui bun părinte de familie<sup>31</sup>. În principiu, va răspunde pentru paguba cauzată, indiferent de forma sau gradul culpei. Inflexibilitatea principiului este atenuată în alin. (2) al art. 1334, care permite judecătorului să dea o apreciere nuanțată, ținând seama de împrejurările care au impus intervenția gerantului. De la caz la caz, despăgubirile vor putea fi acordate numai pentru intenție sau culpă gravă, dacă preluarea gestiunii a fost dictată de iminența unei pagube în patrimoniul geratului. Intenția și culpa gravă sunt definite în art. 16 C. civ., care reglementează vinovăția. Legea impune gerantului să acționeze ca un bun proprietar, ori, intenția și culpa gravă nu caracterizează conduita unui *pater familias*.

## § 4. Obligația de a da socoteală<sup>32</sup>

Gestorul de afaceri este ținut să dea socoteală de toate actele/faptele pe care le-a întreprins în cursul gestiunii. El trebuie să remită geratului toate bunurile, toate sumele de

bani pe care le-a primit în temeiul gestiunii de afaceri. Bineînțeles, până la predare, bunurile trebuie conservate în mâna gerantului.

Cu prilejul prezentării modului în care a gerat, gestorul de afaceri va restitui sumele de bani sau alte bunuri pe care le-a primit în cursul gestiunii și în legătură cu aceasta. Corelativ, geratul va achita gerantului cheltuielile necesare și utile, în condițiile art. 1337 C. civ. Considerăm că bunurile primite în temeiul gestiunii pot face obiectul dreptului de retenție, până la rambursarea cheltuielilor de către gerat. Aceasta, întrucât „cel care este dator să remită sau să restituie un bun poate să îl rețină atât timp cât creditorul nu îl despăgubește pentru cheltuielile necesare și utile pe care le-a făcut pentru acel bun ori pentru prejudiciile pe care bunul i le-a cauzat” (art. 2495 C. civ.). Dacă gestiunea este ratificată, se vor produce efectele mandatului; dreptul de retenție asupra bunurilor primite cu ocazia executării operațiunilor specifice este expres prevăzut în art. 2029 C. civ.

#### **Secțiunea a 4-a. Gestiune fără reprezentare, gestiune cu reprezentare**

*„Gerantul care acționează în nume propriu este ținut față de terții cu care a contractat, fără a limita dreptul oricărui dintre aceștia de a se regresa împotriva geratului. Atunci când acționează în numele geratului, gerantul nu este ținut față de terții cu care a contractat decât dacă geratul nu este obligat față de aceștia”* (art. 1336 C. civ.).

Alineatul (1) conține regulile *gestiunii fără reprezentare* (reprezentare imperfectă<sup>33</sup>). Este situația preferată de terți, care nu au certitudinea că gestiunea va fi ratificată ori va fi apreciată ca utilă, așa încât pretind angajamentul personal al gerantului. Practic, geratul nu intră în ecuația contractului gerant-terț, și, prin urmare, gerantul este creditor sau debitor pentru tot ce consimte în nume propriu. Chiar dacă gerantul acționează în nume propriu, dreptul oricărui dintre terți de a regresa împotriva geratului nu este limitat.

Alineatul (2) se referă la *gestiunea cu reprezentare* (reprezentarea perfectă<sup>34</sup>), care presupune aducerea la cunoștința terților, potențiali parteneri contractuali, a împrejurării că gerantul acționează în numele și pe seama altei persoane, în limitele conferite de aceasta. Efectele actului juridic se produc în persoana celui reprezentat iar geratul va trebui să execute toate angajamentele asumate pentru el. Prin excepție, geratul nu este ținut față de terți, dacă gestiunea nu a fost necesară, utilă și nici nu a fost ratificată<sup>35</sup>.

Distincția este sesizabilă nu numai în ce privește persoana care suportă efectele actelor încheiate cu terții, dar și din perspectiva capacității. Gerantul trebuie să aibă capacitatea de a contracta, în ambele cazuri. Dacă gerantul lucrează fără reprezentare, este indiferent dacă geratul are sau nu capacitate de exercițiu la momentul încheierii actului juridic. În schimb, gestiunea cu reprezentare prezumă capacitatea nu doar a gerantului, ci și a geratului, care devine creditor sau debitor în raporturile juridice. Art. 1337 alin. (2) C. civ. arată că „geratul trebuie să execute și obligațiile născute din actele necesare și utile care, în numele ori în beneficiul său, au fost încheiate de gerant”. Practic, este dificil de imaginat ca terții cu care va contracta gerantul, să fie convinși să contracteze în numele și pe seama geratului, în lipsa oricărei procuri<sup>36</sup>.

## **Secțiunea a 5-a. Obligațiile geratului**

### **§ 1. Rambursarea cheltuielilor**

#### **1.1. Categoriile de cheltuieli rambursabile**

Restituirea cheltuielilor prilejuite de gestiunea de afaceri se va efectua sub rezerva întrunirii cumulative a condițiilor prevăzute de art. 1330 alin. (1) C. civ. Sunt supuse rambursării cheltuielile utile și cheltuielile necesare. *Cheltuielile necesare* servesc conservării bunului, fiind sume pe care, în mod normal, trebuia să le avanseze proprietarul, dacă ar fi fost în posesia bunului. *Cheltuielile utile* sunt sumele investite în vederea ameliorării stării materiale a lucrului, sporind valoarea acestuia; aceste cheltuieli se vor restitui în limita sporului de valoare; de asemenea, i se vor plăti gestorului de afaceri dobânzile din ziua efectuării cheltuielilor. Cheltuielile restituite gestorului de afaceri nu sunt considerate plată nedatorată, conform art. 1341 alin. (2) C. civ.

Precizarea necesară este aceea că dacă gestiunea este ratificată, potrivit art. 1340, verificarea oportunității și a celorlalte condiții ale gestiunii de afaceri devine superfluă. Vom avea de a face cu un mandat, iar art. 2025-2026 și art. 2039 vor fi aplicabile. Ratificarea intervine, în mod normal, pentru o gestiune utilă, dar situația va fi simplificată, în sensul că nu se va mai recurge la verificarea condițiilor gestiunii.

#### **1.2. Împotrivirea beneficiarului gestiunii**

*„Cel care începe sau continuă o gestiune, cunoscând sau trebuind să cunoască împotrivirea titularului afacerii, poate cere numai restituirea cheltuielilor necesare. În acest caz, instanța, la cererea titularului afacerii, poate acorda un termen pentru executarea obligației de restituire. De asemenea, cel care ignoră împotrivirea titularului este răspunzător pentru prejudiciile cauzate și din cea mai ușoară culpă”.*

Corelăm textul art. 1338 C. civ. cu obligația pe care art. 1331 C. civ. o impune gerantului, în sensul înștiințării grabnice a geratului despre existența gestiunii. Inițiativa gerantului are ca fundament buna sa credință în administrarea dezinteresată a afacerilor altuia. Odată ce gerantul știe sau trebuia să se știe, după împrejurări, că titularul afacerii se împotrivește, opoziția lui se cere respectată. Altfel, gerantul acționează cu rea-credință, cel mai probabil în intenția de a solicita ulterior cheltuielile necesare sau utile, ori eventuale despăgubiri pentru prejudiciu. „Sanctiunea” este aceea că gerantul care ignoră împotrivirea proprietarului nu va putea obține decât cheltuielile necesare (acestea sunt cheltuieli cu conservarea bunului, pe care se prezumă că și proprietarul le-ar fi făcut). Se poate acorda un termen din partea instanței pentru restituirea cheltuielilor necesare. Ignorarea poziției geratului echivalează cu imixtiunea ilegală, astfel că gerantul va răspunde și pentru cea mai ușoară culpă. Pentru a fi relevantă, opoziția geratului trebuie să fie justificată de circumstanțele de fapt.

#### **1.3. Gestiunea inoportună**

Actele și cheltuielile care, fără a fi necesare sau utile, au fost efectuate pe perioada gestiunii, îl obligă pe gerat la restituire numai în măsura în care i-au procurat vreun avantaj.

Intervenția terțului justifică acordarea despăgubirilor numai dacă activitatea de administrare a fost oportună. Inoportunitatea<sup>37</sup> gestiunii de afaceri semnifică săvârșirea de către gerant, a unor acte/fapte care nu au fost necesare sau utile. Pentru asemenea operațiuni, geratul nu poate fi ținut la restituirea spezelor gerantului. Dacă actele îndeplinite în administrație au fost numai în parte utile sau necesare, cheltuielile se vor rambursa gerantului în măsura în care îndeplinesc cerința oportunității.

## § 2. Repararea prejudiciului

Ca element de noutate, apare consacrarea legală a obligației de a repara paguba gerantului (pagubă prilejuită de actele de administrare), chiar dacă, într-o gestiune oportună, scopul pentru care acesta a lucrat nu a fost atins [alin. (1), art. 1337]. Condiția pentru plata despăgubirilor în favoarea gerantului este absența culpei acestuia în gestiune. Prejudiciul va fi reparat, dacă nu a fost provocat din culpa gerantului – de pildă, daunele corporale pe care le-a suferit gerantul îndeplinind actul de gestiune<sup>38</sup>.

Se va lua în considerare valoarea muncii, valoarea bunurilor și serviciilor de la momentul la care au fost săvârșite actele/faptele de gestiune, fără să intereseze dacă la data plății bunurile gerantului au pierit: „creanța-despăgubiri se va evalua la momentul introducerii cererii în răspundere, dacă geratul nu înțelege să îl despăgubească amiabil pe gerant”<sup>39</sup>.

Doctrina recentă franceză este cea care pledează pentru repararea pagubei gerantului, chiar dacă administrarea dată de acesta a fost oportună, nu neapărat și utilă<sup>40</sup>. Considerăm că posibilitatea recuperării pagubei își găsește locul într-o gestiune subordonată condiției utilității. Sumele constând în cheltuielile avansate și prejudiciul suferit sunt subordonate condiției oportunității gestiunii, chiar dacă scopul actelor de gestiune nu a fost atins. Dreptul francez [Codul civil, art. 1374 alin. (2)] oferă instanței posibilitatea să „modereze” cuantumul daunelor-interese, în cazul unei gestiuni defectuoase, în funcție de circumstanțele care l-au determinat pe gerant să se încarce cu afacerea respectivă. Așadar, *in concreto*, dacă va aprecia ca oportună o inițiativă care în final este nefolositoare, judecătorul francez va putea indemniza gestorul de afaceri<sup>41</sup>.

## § 3. Executarea obligațiilor generate în numele ori în beneficiul său [art. 1337 alin. (2)]

O administrație oportună obligă geratul la executarea tuturor îndatoririlor născute în numele sau în beneficiul său.

*Gestiunea cu reprezentare* naște obligații direct în persoana gerantului reprezentat, care va fi în raporturi juridice nemijlocite cu terții.

*Gestiunea fără reprezentare* îl obligă pe gerat numai dacă terții aleg să pretindă de la el îndeplinirea obligațiilor, chiar dacă gerantul se obligă personal. De altfel, alin. (1) al art. 1336 este clar în această privință: chiar dacă gerantul acționează în nume propriu, dreptul oricărui dintre terți de a regresa împotriva gerantului nu este limitat. Ratificarea gestiunii atrage aplicarea regulilor mandatului, retroactiv, de la data începerii gestiunii.

Caracterul necesar sau util al actelor, respectiv al cheltuielilor se apreciază în raport cu data efectuării acestora și nu cu data solicitării de indemnizare [art. 1337 alin.

(3)]. Soluția este firească, întrucât gerantul poate, de exemplu, să aducă reparații utile unui imobil la data efectuării lor, dar ulterior bunul să piară într-un incendiu.

Gerantul are posibilitatea să solicite instanței înscrierea în cartea funciară a unei ipoteci legale. La cererea gerantului, în urma efectuării expertizei, instanța de judecată poate dispune înscrierea în cartea funciară a unei ipoteci legale. Scopul instituirii ipoteci este garantarea cheltuielilor necesare (nu și a celor utile), iar procedura va fi cea prevăzută pentru ordonanța președințială.

În cazul în care nu sunt îndeplinite condițiile gestiunii de afaceri, iar actele săvârșite nu au fost ratificate, sunt aplicabile dispozițiile privind îmbogățirea fără justă cauză. Noul Cod civil nu aduce precizări în acest sens, însă modelul reglementării din Proiectul Catala (art. 1329-1) poate fi luat în calcul. Ori de câte ori se face dovada că sunt întrunite cerințele îmbogățirii fără just temei (art. 1345-1348 C. civ. român), instanța de judecată poate dispune, la cerere, indemnizarea.

### ***Secțiunea a 6-a. Indemnizarea gerantului***

Chestiunea indemnizării gerantului nu este rezolvată legislativ. Indiscutabil, vor fi restituite cheltuielile rezultate dintr-o gestiune oportună, dar aceste cheltuieli reprezintă sume care fac posibilă administrarea sau derularea afacerilor gerantului. Interogația persistă pentru munca depusă de gerant. Două concepții se întâlnesc în demersul de a califica gratuitatea gestiunii, în sensul de a lămuri dacă gratuitatea este un caracter care ține de esența gestiunii sau de natura acesteia. De o parte, se consideră că gratuitatea absolută este o condiție necesară, întemeiată pe două idei majore: dacă gerantul ar fi îndreptățit automat la o remunerație, ar putea interveni după bunul plac în afacerile altcuiva, cunoscând, anticipat, că va beneficia de un salariu. De altă parte, se observă că amestecul inoportun, nenecesar și rău intenționat nu îndreptățește la remunerarea serviciilor; în plus, gestiunea de afaceri cu caracter profesional este oneroasă<sup>42</sup>.

Este adevărat că gestiunea de afaceri semnifică reculul individualismului și o contribuție la dezvoltarea solidarității sociale. Aceasta cu atât mai mult cu cât, este cunoscut, altruismul incită uneori la indiscreție<sup>43</sup>, iar filantropia poate deveni o mască ce disimulează sentimente egoiste. În realitate, titlul gratuit și titlul oneros interferează, în forme specifice, întrucât în viața juridică tendințele egoiste și cele dezinteresate se influențează și se condiționează reciproc. „Sentimentele umane în principiu nu sunt pur egoiste, nici pur altruiste, ci solidare”<sup>44</sup>.

Chiar dacă s-ar accepta că dezinteresul rămâne un caracter care ține de natura și nu de esența gestiunii, trebuie delimitată situația în care gestorul primește o remunerație, de situația mandatarului care exercită activități profesionale. Între gestiune și mandat există o apropiere juridică, întâi de toate prin prisma faptului că atât gerantul, cât și cel mandatat depun o activitate utilă în folosul altei persoane fără să fie, în principiu, remunerați. Diferențele sunt notabile între cele două ipoteze, chiar dacă atât gestorul, cât și mandatarul înțeleg să lucreze dezinteresat, din considerațiuni strict personale față de beneficiarul afacerii sau față de mandante<sup>45</sup>. Față de redactarea art. 2010 C. civ. se impun două precizări. Textul legal instituie prezumția caracterului oneros al mandatului dat pentru activități profesionale. Dacă mandatul este perfectat între profesioniști, este evident caracterul oneros al contractului<sup>46</sup>. Considerăm

că și mandatul încheiat între un profesionist și un simplu particular se bucură de aceeași prezumție<sup>47</sup>. Art. 2010 alin. (1) C. civ. nu face diferențe după calitatea părților, iar profesioniștii, de regulă, nu fac acte cu titlu gratuit. Prezumția de onerozitate a mandatului profesionistului este relativă: exploatarea unei întreprinderi, deci dobândirea calității de profesionist, nu este condiționată de obținerea unui profit<sup>48</sup>.

### **Secțiunea a 7-a. Ratificarea gestiunii**

Fie că a luat cunoștință de gestiune de la gerant, fie din altă sursă, atâta timp cât geratul nu își manifestă opoziția, el aprobă, *a posteriori*, conduita gerantului. Se vor produce efectele contractului de mandat de la data începerii gestiunii.

Importanța actului ratificării apare, în mod deosebit, atunci când nu este întrunită condiția oportunității [cerută conform art. 1330 alin. (1) C. civ.]. Dacă gestiunea de afaceri este considerată a fi oportună, instanța de judecată poate dispune obligarea geratului la cheltuieli și/sau despăgubiri în favoarea gerantului, chiar în absența ratificării. Dimpotrivă, dacă administrarea afacerilor altuia s-a dovedit a fi inoportună, ratificarea este suficientă pentru a îndreptăți gerantul la cheltuieli și despăgubiri. Din acest punct de vedere, actul ratificării are rolul unui „paliativ” în contextul unor acte inoportune de gestiune.

Ratificarea din partea geratului este un act juridic unilateral, care constă în manifestarea de voință, în sensul acceptării gestiunii de afaceri. Prin ratificare se vor produce, retroactiv, efectele mandatului. Ratificarea este expresă ori tacită.

Odată ratificarea intervenită, geratul (devenit mandant) va fi ținut să execute toate obligațiile asumate, în numele ori în interesul său de către gerant (devenit mandatar). Va returna cheltuielile necesare, cheltuielile utile, precum și dobânzile cuvenite pentru sumele avansate în interesul gestiunii, din ziua avansării lor. La rândul său, gerantul își va îndeplini obligația de a da socoteală, de această dată aplicându-se regulile din materia contractului de mandat. Gerantul va aduce la cunoștința geratului tot ce a lucrat pe parcursul imixtiunii sale și îi va remite toate bunurile pe care le-a primit, chiar dacă ceea ce a primit nu era datorat geratului (art. 2019, art. 2039 C. civ.).

## **Capitolul 2. Plata nedatorată**

### **Secțiunea 1. Noțiune**

Art. 1341 conține noțiunea plății nedatorate, condițiile acesteia și situațiile în care plata este datorată. Limbajul juridic desemnează prin *plată* executarea voluntară a oricărei obligații pozitive sau negative, fără a deosebi după natura acesteia<sup>49</sup>. Temeiul plății este clar indicat de art. 1469 noul C. civ.: orice plată presupune o datorie. *Per a contrario*, cel ce plătește fără să datoreze, are dreptul la restituire, potrivit art. 1341 alin. (1) noul C. civ.

*Plata nedatorată (plata indebitului) este faptul juridic licit care dă naștere unui raport juridic de obligații în virtutea căruia cel care a primit o plată ce nu i se cuvenea (accipiens-debitorul), este obligat să o restituie celui care a efectuat-o (solvens-creditorul).* Noul Cod civil<sup>50</sup> precizează noțiunea din perspectiva plătitorului; vechiul Cod civil o definea din perspectiva primitorului plății.

În ceea ce privește *natura juridică*, plata nedatorată este situată în vecinătatea altor instituții, cum sunt îmbogățirea fără justă cauză sau răspunderea civilă delictuală. Sub vechea reglementare, doctrina și jurisprudența din țara noastră au operat uneori o apropiere care a mers uneori până la suprapunere, între plata nedatorată și alte instituții ori situații juridice; argumentele sunt larg redată în lucrările de specialitate<sup>51</sup>. În noul Cod civil, plata nedatorată este sursă autonomă de obligații, fără vreo posibilitate de confuzie. Se realizează, în mod întemeiat, distincția între cele trei surse obligaționale situate sub egida faptului juridic licit: gestiunea de afaceri, plata nedatorată și îmbogățirea fără justă cauză. De altfel, Cartea a V-a, care se constituie într-un adevărat „Cod al obligațiilor”, enumeră cele trei noțiuni, separat, în rândul faptelor licite cărora legea le conferă efecte juridice. Între cele trei fapte licite există elemente de similitudine, dar și diferențe importante.

### **Secțiunea a 2-a. Condițiile plății nedatorate**<sup>52</sup>

Art. 1341 C. civ. conține condițiile plății nedatorate: efectuarea unei plăți (2.1.); intenția de a stinge o datorie (2.2.); absența datoriei (2.3); eroarea (2.4.)

#### **§ 1. Efectuarea unei plăți**

„*Cel ce plătește [...] are dreptul la restituire*”. Plata efectuată constituie temei al restituirii, pentru motivele arătate de lege. Cel care plătește își execută benevol obligația. Potrivit art. 1469 alin. (2) noul C. civ., el achită o sumă de bani sau execută prestația care constituie obiectul obligației.

#### **§ 2. Intenția de a stinge o datorie**

Persoana care plătește are intenția de a stinge o datorie. Datoria este temeiul și finalitatea plății [art. 1469 alin. (1) noul C. civ.: „*Obligația se stinge prin plată (...)*”]. Dacă plata se face cu alt titlu – liberalitate, cheltuieli datorate în contextul gestiunii de afaceri etc., nu avem de a face cu o plată nedatorată. Prezența lui *animus solvendi* este prezumată de primul alineat al art. 1341 alin. (3) noul C. civ.: „*plata s-a făcut cu intenția de a stinge o datorie proprie*”.

#### **§ 3. Absența datoriei**

Formularea „fără a datora” evocă absența oricărei datorii. Alineatul (3) al art. 1241 exclude, în principiu, discuția privind posibilitatea de a plăti pentru altul, instituind prezumția că plata se face cu intenția de a stinge o datorie proprie. Prezumția legală este relativă.

Lipsa datoriei poate fi identificată pe mai multe paliere:

a) *Lipsește raportul juridic care legitimează plata* (plata nedatorată are caracter absolut sau obiectiv<sup>53</sup>). Altfel spus, datoria care s-a dorit a se stinge nu există, în realitate, între persoanele în cauză. Deși cel care a plătit a avut credința că datorează, datoria este imaginară (datoria este stinsă deja la data plății, ori, ea nu a existat niciodată). Nu are

relevantă dacă cei doi sunt legați printr-un raport juridic obligațional care are un alt obiect (de exemplu, o altă plată).

b) *Persoana care a primit plata nu este creditorul celui care a plătit* (plata nedatorată are caracter subiectiv sau relativ<sup>54</sup>). Plata trebuie să fie făcută creditorului, reprezentantului său, persoanei indicate de creditor sau persoanei autorizate de către instanță să o primească<sup>55</sup>. În acest caz de plată nedatorată, datoria există, cel care a efectuat plata este debitor, dar a achitat altei persoane decât titularul creanței plătite (de pildă, la decesul creditorului, debitorul face plata celui pe care îl consideră, în mod greșit, moștenitor).

c) *Plata este făcută creditorului de altă persoană decât debitorul său* (plată subiectivă<sup>56</sup>). De exemplu, la decesul debitorului, datoria este achitată de cel care, în mod eronat, se consideră moștenitor. Prin excepție, restituirea nu este admisă atunci când creditorul a primit plata cu bună-credință și s-a lipsit de titlul de creanță ori a renunțat la garanțiile creanței, lăsând să se împlinescă termenul de prescripție [art. 1342 alin. (1)]. Soluția în cazul din urmă este prevăzută de art. 1342 alin. (2) – regresul împotriva adevăratului debitor.

#### § 4. Eroarea

Eroarea<sup>57</sup> este cea care sădește în mintea celui care plătește ideea unei datorii valabile și actuale față de *accipiens*. *Solvens* este de bună-credință; eroarea deformează, așa cum s-a spus, credința că ar exista „o obligație exigibilă, care ar justifica juridic o plată. Este indiferentă sursa erorii, după cum e inutil să cercetăm dacă ar fi o eroare de drept sau de fapt. Astfel, va fi plata indebitului și dacă *solvens*-ul se crede debitor în temeiul unei convenții, al unui fapt delictual sau al unei dispoziții legale pe care a interpretat-o complet greșit”<sup>58</sup>.

Condiția erorii nu este prevăzută expres în noul Cod civil. Eroarea plătitorului are ca efect lipsa cauzei care a stat la baza prestației executate. Așadar, eroarea trebuie să fi fost determinantă și trebuie să fi aparținut numai lui *solvens* (eroarea lui *accipiens* este indiferentă)<sup>59</sup>.

Noul Cod civil nu mai menționează expres eroarea *solvens*-ului, ca și condiție a existenței plății nedatorate, așa cum proceda Codul civil de la 1865. Condiția erorii (din partea *solvens*-ului) este relativă. “Relativitatea acestei condiții este atestată de numeroasele excepții în care nu mai este necesară dovedirea condiției sau chiar mai mult, plata poate fi restituită chiar dacă se dovedește că *solvens* știa că nu este datorată nicio plată și totuși a făcut o plată [...]. Excepțiile reținute golesc practic de conținut condiția erorii”<sup>60</sup>.

Plata se poate face din eroare (de exemplu, plata se face de către o persoană care, în mod eronat, se crede debitor al altei persoane), iar în alte situații plata nu are nimic comun cu eroarea – de pildă, restituirea prestațiilor în temeiul contractului sinalagmatic nul, când ambele părți și-au executat prestațiile înainte de pronunțarea nulității.

#### **Secțiunea a 3-a. Situații în care nu este plată nedatorată**

Nu constituie plată nedatorată, în sensul art. 1341 alin. (1) noul C. civ., ceea ce s-a plătit cu titlu de liberalitate sau gestiune de afaceri. În ipotezele în care plata nu este nedatorată, prestația nu este supusă restituirii. Art. 1341 alin. (2) noul C. civ. menționează două cazuri în care nu intră în discuție restituirea prestațiilor. Enunțul nu poate fi decât



exemplificativ, întrucât situațiile arătate nu pot închide categoria ipotezelor în care plata nu poate fi considerată nedatorată<sup>61</sup>.

Codul civil menționează *trei ipoteze în care plata nu este supusă restituirii*. Două din acestea se găsesc la art. 1341 alin. (2), iar ultima la art. 1471: *plata s-a făcut cu titlu de liberalitate* (evident, intenția de gratificare exclude repetițiunea, deoarece plătitorul nu a intenționat să stingă o datorie; *plata reprezintă cheltuielile avansate de gestorul de afaceri în cadrul gestiunii sau despăgubirile care i se cuvin, în condițiile legii, pentru prejudiciul suferit* (în acest caz, pentru cheltuieli și pentru despăgubiri, fundamentul plății îl constituie gestiunea de afaceri; *plata a urmărit îndeplinirea unei obligații naturale*)<sup>62</sup>, ce se execută doar voluntar.

În ceea ce privește ultima situație, Codul civil precizează că obligațiile naturale care au fost executate benevol, nu sunt supuse restituirii. Expresia „obligație naturală” nu este utilizată în doctrină cu înțeles unitar. Uneori se face diferență netă între obligațiile naturale (de conștiință) și obligațiile neînregistrate cu acțiune în justiție, altele sunt reunite în aceeași noțiune.

Obligațiile naturale se regăsesc în clasificarea obligațiilor după criteriul sancțiunii, în obligații perfecte (ocrotite prin mijloace ofensive) și obligații naturale (a căror sancțiune constă în mijloace juridice defensive)<sup>63</sup>. Într-o subdiviziune a literaturii și practicii judiciare franceze, obligațiile naturale se împart în obligații imperfecte avortate și, respectiv, degenerate) și datorii de conștiință. Indiferent de subcategoria în care ne plasăm, obligațiile imperfecte și datorii de conștiință au în comun o serie de efecte juridice.

Principalul efect este imposibilitatea restituirii plății făcute în temeiul obligației naturale, dacă debitorul a executat-o voluntar. Mijlocul defensiv aflat la dispoziția creditorului care a primit plata, este excepția care decurge din art. 1471 noul C. civ. Nu este locul a analiza natura juridică a obligațiilor naturale. Semnalăm doar faptul că, pe marginea acestui subiect, s-au născut o serie de controverse, cristalizate în final în trei teorii – teoria clasică, teoria modernă și teoria neoclasică<sup>64</sup>.

Ceea ce reținem, în contextul faptului juridic licit, este că plata care decurge din executarea voluntară a unei obligații naturale (imperfectă ori de conștiință) nu se restituie. Fiind vorba de un raport juridic ce are în construcția sa și sancțiunea<sup>65</sup>, excepția efectuării unei plăți datorate este mijlocul defensiv pe care îl va invoca cel ce a primit plata.

## **Secțiunea a 4-a. Efectele plății nedatorate**

### **§ 1. Acțiunea în restituire**

Plata nedatorată generează un raport de obligații în temeiul căruia *accipiens* este ținut să restituie ceea ce a primit fără să i se datoreze. Dacă plata a vizat un bun cert, acțiunea în restituire este imprescriptibilă<sup>66</sup>, având caracterul unei acțiuni în revendicare. Regulile pe care le respectă restituirea plății nedatorate sunt cuprinse în art. 1635-1649 noul C. civ. (care se referă la restituirea prestațiilor) și art. 1342-1343 noul C. civ.

### **§ 2. Problema prestațiilor executate în temeiul unui act juridic nul**

În urma pronunțării nulității absolute a actului juridic, prestațiile executate urmează să fie restituite. Până la intrarea în vigoare a noului Cod civil s-a îmbrățișat ideea că restituirea

are la bază îmbogățirea fără justă cauză<sup>67</sup>. Desființarea actului juridic semnifică dispariția fundamentului executării prestațiilor, așa încât fiecare parte trebuie să întoarcă celeilalte prestația pe care a primit-o. Se exceptează contractele cu executare succesivă, în ceea ce privește prestațiile deja executate, ce nu mai pot fi restituite (locațiunea, de exemplu). Totuși, în cazul contractelor sinalagmatice, atunci când părțile au executat obligațiile înainte de pronunțarea nulității, nu mai este întrunită condiția măririi unuia dintre patrimoniul corelativ diminuării altui patrimoniu. Din acest motiv, s-a apreciat că temeiul restituirii este plata nedatorată<sup>68</sup>.

Prevederile art. 1341 noul C. civ. („*Persoana care plătește fără a datora are dreptul la restituire*”) se coroborează cu art. 1254 noul C. civ. [„*Contractul lovit de nulitate este considerat a nu fi fost niciodată încheiat (...)*”] și cu art. 1639-1647 noul C. civ., care menționează distinct, între cauzele restituirii, desființarea actului juridic cu efect retroactiv.

### § 3. Plata primită cu bună-credință de creditor

*„Restituirea nu poate fi dispusă atunci când, în urma plății, cel care a primit-o cu bună-credință a lăsat să se îplinească termenul de prescripție și s-a lipsit, în orice mod, de titlul său de creanță ori a renunțat la garanțiile creanței. În acest caz, cel care a plătit are drept de regres împotriva adevăratului debitor în temeiul subrogației legale în drepturile creditorului plătit”.*

Textul art. 1342 conține situațiile de fapt care se constituie în adevărate fine de neprimire a acțiunii în restituire [alin. (1)], precum și soluția aflată la dispoziția celui care a primit, cu bună-credință, plata [alin. (2)]. Sunt prevederi inedite, prin comparație cu vechea reglementare, întrucât acoperind situații practice frecvente.

Persoana care a efectuat plata (alta decât adevăratul debitor), nu poate obține satisfacție în acțiunea în restituire, atunci când creditorul căruia a achitat, animat de bună-credință, s-a lipsit de titlul de creanță ori a renunțat la garanțiile creanței, lăsând să se îplinească termenul de prescripție [art. 1342 alin. (1)]. În fapt, este situația celui care, considerând că a primit plata de la veritabilul debitor, nu a păstrat titlul creanței. Dacă ar fi ținut, în situația creată, să restituie plata primită, ar fi expus unei pagube certe: nemaifiind în posesia titlului de creanță, nu ar putea să își valorifice pretențiile față de adevăratul său debitor. Singura soluție rezonabilă este inadmisibilitatea acțiunii în repetițiune, sub rezerva bune-credințe la momentul primirii plății. Dacă cel ce a primit plata a fost de rea-credință, el nu va beneficia de textul legal, sancțiunea fiind repetițiunea.

Renunțarea creditorului la garanțiile creanței sale, după efectuarea plății, este asimilată renunțării la titlul creanței sale<sup>69</sup>. Denotă, de asemenea, credința că a primit plata ce i se cuvenea, așa încât, în viziunea sa (a creditorului), nu se mai justifică păstrarea dovezilor plății.

Dispozițiile art. 1341 C. civ. se grefează pe cea de-a treia ipoteză a plății nedatorate. În ecuație sunt adevăratul creditor și un plătitor, care nu este debitorul creditorului respectiv. În mod normal, atunci când datoria lipsește, plata se restituie. Nu și atunci când sunt întrunite cumulativ cerințele art. 1342 alin. (1) C. civ., care sunt dispoziții de protecție a creditorului de bună-credință.

Din punct de vedere tehnic, plătitorul are acțiune în regres împotriva adevăratului debitor, prin mecanismul subrogației legale în drepturile creditorului. Art. 1593 C. civ. prevede că „Oricine plătește în locul debitorului poate fi subrogat în drepturile creditorului, fără a putea

însă dobândi mai multe drepturi decât acesta” [alin. (1)], iar „subrogația poate fi legală sau convențională” [alin. (2)]. Art. 1342 alin. (2) C. civ. conține un caz de subrogație legală în drepturile creditorului.

#### § 4. Restituirea plății anticipate

*„Ceea ce debitorul a plătit înainte de împlinirea termenului suspensiv nu se poate restitui decât atunci când plata s-a făcut prin dol sau violență. De asemenea, este supusă restituirii și plata făcută înainte de îndeplinirea condiției suspensive”.*

Cele două situații reglementate de art. 1343 C. civ. sunt asociate celor două modalități ale obligațiilor – termenul (a) și condiția (b).

a) *Plata înainte de împlinirea termenului suspensiv nu este plată nedatorată.* Obligația de plată există, dar nu este exigibilă înainte de acest termen, care echivalează cu scadența. În consecință, plata anticipată valorează plată valabilă și nu plată nedatorată. Art. 1414 C. civ. statuează efectul termenului suspensiv: ceea ce s-a executat de bunăvoie și în cunoștință de cauză înainte de împlinirea termenului nu este supus restituirii. Fapta debitorului de a plăti datoria semnifică renunțarea la beneficiul termenului<sup>70</sup>, iar renunțarea la termen atrage exigibilitatea anticipată a creanței (art. 1418 C. civ.). Prin excepție, ceea ce s-a plătit în condițiile unui *consimțământ viciat* prin dol sau violență (plătitorul nemaifiind în cunoștință de cauză, fiind într-o eroare cauzată prin mijloace dolosive sau sub imperiul violenței), se va restitui. Plata este valabilă numai dacă este efectuată în cunoștință de cauză.

b) *Plata efectuată înainte de îndeplinirea condiției suspensive este supusă restituirii.* Îndeplinirea condiției suspensive afectează eficacitatea obligației, potrivit art. 1400 C. civ. Obligația este formată, dar nu este născută, așadar debitorul nu datorează nimic. Este posibil ca respectiva obligație să nu existe nici în viitor, în ipoteza în care nu se realizează condiția. Firesc, debitorul care plătește anticipat este îndreptățit, la cerere, la restituire, întrucât plata echivalează cu o plată nedatorată.

#### 4.1. Reguli aplicabile restituirii

##### 4.1.1. Restituirea plății nedatorate

Restituirea plății nedatorate se face potrivit dispozițiilor art. 1635-1649 C. civ. Din textele de lege menționate se desprind regulile aplicabile restituirii plății nedatorate. Principala obligație este în sarcina celui care a primit ceea ce nu i se datora și care va fi ținut să restituie bunul/bunurile ce au făcut obiectul plății. În acest sens este precizarea că *„Restituirea prestațiilor are loc ori de câte ori cineva este ținut, în virtutea legii, să înapoieze bunurile primite fără drept ori din eroare (...)”* – art. 1635 alin. (1) C. civ. Dreptul de restituire aparține celui care a efectuat plata sau unei alte persoane îndreptățite (mandatarul plătitorului) – art. 1636 C. civ. Restituirea se face în natură sau prin echivalent.

Debitorul obligației de restituire a plății are regim diferit, după cum acesta a fost în cunoștință de cauză ori nu cu privire la caracterul nedatorat al plății. El este de bună-credință atunci când a primit o plată care credea că i se cuvine.

Atunci când *accipiens este de bună-credință*, se aplică art. 1641 C. civ., care instituie următoarele reguli: dacă bunul a pierit integral ori a fost înstrăinat, va restitui valoarea cea mai mică dintre cele pe care bunul le-a avut la data pieririi sau la data înstrăinării, după caz; dacă bunul piere fără culpa sa, va fi liberat de datorie, însă va trebuie să cedeze creditorului indemnizația de asigurare sau dreptul la această indemnizație; debitorul restituirii va achita contravaloarea folosinței bunului dacă această folosință era obiectul principal al prestației sau când bunul era susceptibil de deteriorare rapidă, prin natura sa; păstrează fructele bunului supus restituirii, dar suportă cheltuielile ocazionate de producerea fructelor; în ceea ce privește cheltuielile referitoare la bun: primitorul de bună-credință are dreptul fie la valoarea materialelor și a manoperei, fie la sporul de valoare adus imobilului prin cheltuielile respective (potrivit art. 581 C. civ.); va suporta cheltuielile restituirii, atât el cât și plătitorul, proporțional cu valoarea prestațiilor care se restituie.

Atunci când *accipiens este de rea-credință*, el este supus unor reguli diferite, avându-se în vedere art. 1642 C. civ.: dacă a distrus ori a înstrăinat bunul cu rea-credință, va restitui valoarea cea mai mare dintre cele pe care bunul le-a avut la data pieririi sau, după caz, a înstrăinării; dacă bunul a pierit fără culpa sa, va achita contravaloarea acestuia, cu excepția cazului în care va dovedi că bunul ar fi pierit și dacă s-ar fi aflat în posesia creditorului restituirii; va fi obligat la plata contravalorii folosinței bunului; va restitui fructele pe care le-a dobândit sau contravaloarea acestora; cheltuielile cu producerea fructelor se vor compensa; în ceea ce privește cheltuielile referitoare la bun: primitorul de rea-credință sau primitorul căruia îi este imputabilă cauza restituirii are dreptul fie la jumătate din valoarea materialelor și a manoperei ori din sporul de valoare adus imobilului (urmând art. 582 C. civ.).

#### **4.1.2. Deteriorarea sau scăderea de valoare a bunului**

Deteriorarea sau scăderea de valoare a bunului, ambele echivalând cu o pierdere parțială, îndreptățesc la despăgubiri către cel care a efectuat plata nedatorată. Prin excepție, debitorul nu va fi obligat la despăgubiri dacă pierderea se datorează folosinței normale a lucrului, potrivit naturii acestuia. Atunci când cauza restituirii îi este imputabilă creditorului, bunul se va înapoia în starea în care se găsește la momentul introducerii acțiunii, creditorul neavând dreptul la despăgubiri. Excepția de la aceste prevederi vizează cazul când debitorul este vinovat de starea în care se găsește bunul (art. 1643 C. civ.).

Prescripția dreptul la acțiune în restituirea prestațiilor întemeiate pe faptul plății nedatorate începe să curgă la data la care creditorul obligației de restituire a cunoscut faptul că plata este nedatorată și persoana debitorului obligației de restituire [art. 2528 alin. (2) C. civ.].

### **Capitolul 3. Îmbogățirea fără justă cauză**

#### **Secțiunea 1. Noțiune**

Plasarea îmbogățirii fără justă cauză în capitolul destinat faptului juridic licit și conținutul reglementării din noul Cod civil, ne îndreptățesc să afirmăm că definițiile doctrinare avansate sub imperiul vechiului Cod civil își păstrează actualitatea.

Îmbogățirea fără justă cauză este, în egală măsură, un principiu tradițional al dreptului civil, de profundă respirație romană și un fapt juridic licit. Principial, nimănui nu îi este permis a se îmbogăți în dauna altuia, în absența unui temei just.

Art. 1165 noul C. civ. poziționează îmbogățirea fără justă cauză în rândul izvoarelor obligaționale. *Îmbogățirea fără cauză justă constă în sporirea patrimoniului unei persoane, corelativ pierderii patrimoniale pe care o suferă altă persoană.* Se naște, prin efectul acestui fapt licit, un raport juridic în virtutea căruia debitorul (îmbogățitul) este ținut să restituie creditorului (însărăcitul) valoarea cu care s-a îmbogățit.

Terminologic, vorbim de justetea cauzei, adică de justetea temeiului îmbogățirii și însărăcirii corelative. Nu este vorba nicidecum de cauză, ca element care structurează actul juridic civil. Suprapunerea de limbaj a fost sesizată în literatura de specialitate română, care a început deja să utilizeze expresii echivalente (de pildă, „îmbogățirea fără titlu juridic”<sup>71</sup>, „îmbogățirea fără just temei”<sup>72</sup>) pentru acest fapt juridic licit, tocmai în intenția de a păstra rigurozitatea vocabularului juridic și de a evita orice posibile confuzii.

Până la noul Cod civil nu a existat un text de principiu dedicat îmbogățirii fără justă cauză, fiind recunoscute doar aplicații legale ale acesteia<sup>73</sup>. Așa cum expresiv s-a subliniat, „instituția îmbogățirii fără titlu – convențional sau legal – este una autonomă, iar *actio de in rem verso* este o veritabilă acțiune originală, suficientă sieși; ambele sunt construcții jurisprudențiale și ficționale, în afara normelor dreptului pozitiv, pentru a complini – poate discutabil – lacunele dreptului”<sup>74</sup>. Noul Cod civil oferă prima reglementare a acestui fapt licit, căruia îi recunoaște calitatea de izvor autonom de obligații civile. Fundamentul îmbogățirii fără just temei a fost plasat diferit, în decursul timpului, fie pe tărâmul echității care trebuie să guverneze dreptul civil, fie în zona „gestiunii de afaceri anormale”, fie în rândul acțiunilor delictuale, ori a riscului activităților generatoare de profit sau a echilibrului patrimonial<sup>75</sup>.

## **Secțiunea 2. Condiții. Efecte**

Într-o singură frază, art. 1345 C. civ. enunță *condițiile* (2.1.) și *efectele* îmbogățirii fără justă cauză (2.2).

### **2.1. Condițiile îmbogățirii fără justă cauză**

Condițiile acestui fapt juridic licit<sup>76</sup> sunt: îmbogățirea (a); însărăcirea (b); corelația îmbogățire-însărăcire (c); lipsa cauzei juste (d); buna-credință a îmbogățitului (e).

a) *Îmbogățirea*<sup>77</sup>. Presupune un avantaj patrimonial pe care îl dobândește pârâtul în detrimentul reclamantului. Modalitățile în care poate avea loc îmbogățirea pârâtului sunt fie *creșterea activului patrimonial* (dobândirea unui nou element patrimonial – intrarea unui bun sau a unei creanțe în patrimoniu, îmbunătățiri aduse fondului reclamantului, executarea unei lucrări pe terenul altuia), fie *menținerea activului patrimonial* (evitarea unei cheltuieli la care reclamantul era obligat), fie *diminuarea pasivului patrimonial* (stingerea unei datorii a pârâtului; situația în care comerciantul furnizează marfă pe credit unei persoane aflate în nevoie, așa încât părinții sunt scutiți să își îndeplinească obligația de întreținere și se îmbogățesc, corelativ sumelor cheltuite de comerciant<sup>78</sup>).

Îmbogățirea fără justă cauză a pârâtului «poate să aibă ca etiologie o prestație a reclamantului sau a unui terț ori, după caz, o intervenție a îmbogățitului, a însărăcitului sau uneori chiar a unei terțe persoane. De asemenea, este de reținut că îmbogățirea pârâtului poate fi directă sau indirectă și constă întotdeauna în „avantajul obținut” de către îmbogățit, avantaj care se exprimă ori poate fi exprimat pecuniar»<sup>79</sup>.

În opinie minoritară<sup>80</sup>, doctrinară și jurisprudențială, s-a apreciat că este îmbogățire și crearea unui avantaj de ordin moral. Este citată, în acest sens, situația copilului care dobândește avantaje morale în detrimentul persoanelor care i-au oferit educație fără remunerație din partea părinților minorului. Relevantă ar fi, în acest caz, neplata onorariului pentru educația copilului – așadar, o cheltuială evitată. Suntem rezervați în privința includerii avantajelor morale în accepțiunea termenului de îmbogățire; absența elementului de patrimonialitate scoate din ecuație păgubirea unui patrimoniu (și, deci, posibilitatea aprecierii „măsurii pierderii patrimoniale” despre care face vorbire art. 1345 C. civ.), corelativ creșterii patrimoniale a altui patrimoniu. Iar în speță, cuantumul onorariului reprezintă o pierdere economică, nu extrapatrimonială, așa încât s-ar pune problema unui avantaj material, nu a unui avantaj moral.

b) *Însărăcirea* poate avea loc prin diminuarea activului sau prin creșterea pasivului patrimonial al celui îndreptățit la restituire (de exemplu, efectuarea unor cheltuieli de conservare a imobilului care cade la partaj în lotul altui succesori – cheltuieli ce nu sunt restituite).

S-a precizat că noțiunea de însărăcire trebuie definită cu suplețe; nu întotdeauna însărăcirea se concretizează într-o pierdere patrimonială. Uneori însărăcitul este lipsit de câștigul pe care l-ar fi putut obține dacă ar fi contractat (cazul celui care execută anumite lucrări utile fără intenția de a gratifica și fără să contracteze cu beneficiarul lucrărilor sau prestațiilor) ori își consumă timpul afectat unor servicii (de pildă, servicii intelectuale), timp pe care l-ar fi putut utiliza pentru recreere sau pentru alte activități personale. În mod asemănător, îmbogățirea nu este evidentă, efectivă, în situația în care o persoană folosește în interes propriu un bun aparținând altuia (de exemplu, folosește fără drept canalizarea vecinului)<sup>81</sup>.

c) *Conexitatea îmbogățire-însărăcire*. Un patrimoniu se îmbogățește în detrimentul altuia, dar acest fapt nu presupune, cu necesitate, cauzalitatea specifică raportului cauză-efect. Este suficientă cauza unică sau originea comună celor două fenomene, îmbogățirea și însărăcirea. Corelația celor două fenomene este considerată directă, dacă transferul valoric se face fără interpunerea unui terț și indirectă, dacă valoarea care îmbogățește tranzitează, în prealabil, patrimoniul unui terț<sup>82</sup>.

d) *Absența temeiului legitim*. „Temei legitim” sau „cauză justă” sunt, spre exemplu, hotărârea judecătorească sau actul juridic în baza cărora are loc creșterea patrimoniului unei persoane, corelativ diminuării patrimoniului alteia; legea, uzucapiunea sau posesia de bună-credință. De altă parte, art. 1346 C. civ. menționează situațiile care justifică îmbogățirea.

e) *Buna-credință a îmbogățitului*<sup>83</sup> fundamentează acțiunea în restituire. Dacă îmbogățitul este în culpă, ne plasăm pe tărâmul răspunderii civile delictuale. Buna-credință a îmbogățitului determină întinderea obligației de restituire, care nu va depăși îmbogățirea efectivă, respectiv valoarea de care a fost lipsit însărăcitul. Îmbogățitul de rea-credință săvârșește o faptă ilicită care îi angajează răspunderea civilă delictuală și va fi obligat la repararea integrală a pagubei. Va restitui, în cazul din urmă, valoarea însărăcirii, indiferent de valoarea îmbogățirii sale.

## 2.2. Efectele îmbogățirii fără just temeii

### **Actio de in rem verso**

Faptul îmbogățirii fără cauză justă generează un raport obligațional în temeiul căruia îmbogățitul devine debitor al obligației de restituire, al cărei creditor este cel însărcinat. Dubla limită sau dublul plafon care îngrădește pretențiile însărcinatului este menționată în art. 1345 C. civ.: „în limita propriei îmbogățiri” înseamnă în măsura sporului patrimonial de care a beneficiat îmbogățitul, chiar dacă însărcinarea este mai mare (buna-credință care fundamentează creșterea patrimonială explică de ce îmbogățitul nu este ținut să plătească dobânzile legale ori să restituie fructele); „în măsura pierderii patrimoniale”, chiar dacă îmbogățirea a fost mai mare (în cazul în care valoarea îmbogățirii este superioară pagubei reclamantului, restituirea va fi determinată de valoarea cea mai mică, altfel s-ar îmbogăți fără cauză reclamantul).

Restituirea este guvernată de regulile cuprinse în art. 1639 C. civ., particularizate specificului îmbogățirii fără just temeii<sup>84</sup>.

Prescripția dreptului la acțiune în restituirea prestațiilor întemeiate pe îmbogățirea fără justă cauză începe să curgă la data la care însărcinatul a cunoscut faptul îmbogățirii fără justă cauză și persoana îmbogățitului [art. 2528 alin. (2) C. civ.].

### **Îmbogățirea justificată**

Conform art. 1346 C. civ., îmbogățirea este justificată atunci când rezultă din executarea unei obligații valabile; din neexercitarea de către păgubit a unui drept contra celui îmbogățit; dintr-un act îndeplinit de cel păgubit în interesul său personal și exclusiv, pe riscul său ori, după caz, cu intenția de a gratifica.

Temeiul sau cauza îmbogățirii desemnează, în acest context, titlul juridic ce legitimează sporul patrimonial și însărcinarea corelativă.

Îmbogățirea are temeii just atunci când rezultă din ipoteze cum sunt cele enumerate, exemplificativ, în art. 1346 C. civ.: *executarea unei obligații valabile (a); neexercitarea de către păgubit a unui drept contra celui îmbogățit (b); dintr-un act îndeplinit de cel păgubit în interesul său personal și exclusiv, pe riscul său ori, după caz, cu intenția de a gratifica (c).*

a) *Executarea unei obligații valabile.* Menționăm, exemplificativ, unele cazuri în care, executându-se un contract valabil, îmbogățirea nu este justificată:

– *obligația rezultă dintr-un contract care se încheie între îmbogățit și însărcinat.* Obligațiile născute din contracte valabile trebuie executate, conform *pacta sunt servanda*. Contractele cu titlu gratuit aduc o creștere patrimonială care își găsește cauza în actul juridic (donația); contractele cu titlu oneros pot aduce un avantaj pentru una dintre părți – de exemplu, vânzarea s-a realizat la un preț avantajos pentru înstrăinător, dar nu este loc de restituire, atâta timp cât nu s-a invocat viciul leziunii;

– *obligația rezultă dintr-un contract care se încheie între însărcinat și terț.* În executarea contractului încheiat cu locatarul, antreprenorul face lucrări de îmbunătățire a imobilului, care profită, în cele din urmă, locatorului (în virtutea contractului de locațiune, lucrările fiind în sarcina locatarului). Insolvabilitatea locatorului nu îl îndreptățește pe antreprenor să îl acționeze pe locator, invocând îmbogățirea fără just temeii. „Îmbogățirea” locatorului este întemeiată

contractual, iar situația juridică născută din locațiune este opozabilă terțului antreprenor, neconferindu-i acestuia nici drepturi, nici obligații<sup>85</sup>.

b) *Neexercitarea de către păgubit a unui drept contra celui îmbogățit.* Este, de pildă, cazul debitorului care, prin efectul prescripției extinctive, se vede liberat de datorie. Îmbogățirea sa este „justificată” de dispozițiile legale referitoare la prescripție. Pasivitatea creditorului care nu își valorifică dreptul de creanță în termenul defipt de lege va fi sancționată prin imposibilitatea recuperării, pe calea acțiunii în justiție, a pretențiilor sale.

c) *Un act îndeplinit de cel păgubit în interesul său personal și exclusiv, pe riscul său ori, după caz, cu intenția de a gratifica.*

*Prima ipoteză* se referă la interesul păgubitului care, prin conduita sa, îmbogățește o altă persoană. Cheltuielile făcute în interesul propriu al păgubitului, cheltuieli care, profitând acestuia, au adus simultan și un avantaj patrimonial altei persoane, nu pot fi solicitate de la aceasta din urmă. Este cazul celui care, pe spezele sale, avansează cheltuieli de ameliorare a propriului fond, lucrările folosind și fondului vecin. Îmbogățirea proprietarului fondului vecin nu îl însărește, practic, pe cel care a inițiat lucrările și care, a beneficiat de investiția făcută; cazul uzufructuarului care aduce lucrului îmbunătățiri care îi profită, dar care, prin forța împrejurărilor, sporesc valoarea bunului ce aparține altuia. În realitate, în ipotezele menționate, cel care acționează în interes propriu, își asumă riscul ca de rezultatul conduitei sale să beneficieze și terțe persoane.

*A doua ipoteză* are în vedere actele de generozitate care operează transferul valorilor dintr-un patrimoniu în altul. În exprimarea unui autor de prestigiu<sup>86</sup>, însăși viața juridică se desfășoară între doi poli diametral opuși – egoismul și altruismul. În jurul unuia sau al celuilalt gravitează orice manifestare de voință menită să producă efecte în drept. Sentimentele egoiste rezonează cu titlul oneros, în timp ce expresia altruismului sunt actele cu titlu gratuit. Fie că este *inter vivos*, fie că este *mortis causa*, actele efectuate cu intenția de a gratifica au ca repercusiune majoră însăreirea dispunătorului, corelativ îmbogățirii primitorului. Sporul patrimonial al gratificatului este justificat însă de intenția liberală.

### Condițiile restituirii

În raportul obligațional generat de îmbogățirea fără justă cauză, debitor este îmbogățitul, iar creditor este însăreșitul.

Alineatul (1) al art. 1347 C. civ. impune condiția ca îmbogățirea să subziste la data cererii introductive de instanță. Aceasta întrucât de la data îmbogățirii până la data sesizării instanței, îmbogățirea poate să varieze ori chiar să dispară.

Dacă îmbogățirea a încetat până la data introducerii acțiunii în justiție, din motive independente de voința părâtului (de exemplu, imobilul este distrus total, ca urmare a unei calamități naturale), raportul juridic de obligații se stinge. Se admite că momentul temporal în raport cu care se evaluează creșterea și, respectiv, diminuarea patrimoniilor, este data introducerii acțiunii<sup>87</sup>. Sub imperiul cerinței actualității, cele două fenomene corelative se apreciază în raport cu data sesizării instanței de judecată. Principiul echității impune ca îmbogățirea și însăreirea să fie reevaluate, dacă au variat de la momentul faptului juridic licit. Așa cum s-a spus, este o aplicație a teoriei impreviziunii și o excepție de la principiul nominalismului monetar<sup>88</sup>. Indemnizația are natura unei datorii de valoare<sup>89</sup>.



### Caracterul subsidiar

Subsidiaritatea acțiune în restituire apare, de regulă, ca și condiție distinctă a îmbogățirii fără justă cauză. În contextul condițiilor acestui fapt juridic licit, s-a afirmat și că subsidiaritatea acțiunii în restituire pare a fi, în mare măsură, consecința cerinței ca îmbogățirea și însărăcirea să nu aibă temei just<sup>90</sup>.

Noul Cod civil utilizează terminologia „caracter subsidiar”, arătând în art. 1348 că restituirea nu este admisibilă dacă cel prejudiciat are dreptul la o altă acțiune pentru a obține ceea ce îi este datorat<sup>91</sup>. În realitate, nu este vorba despre caracterul subsidiar al *actio de in rem verso*, ci de imposibilitatea utilizării acesteia, ori de câte ori există un alt mijloc la dispoziția păgubitului sau mijlocul disponibil nu mai poate fi folosit, datorită unor obstacole de drept. Îmbogățirea indirectă ar deschide calea unei *actio de in rem verso*, în anumite condiții, împotriva terțului.

Acțiunea în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză nu poate fi admisă, dacă păgubitul are dreptul la o altă acțiune pentru a recupera ceea ce i se datorează. De aceea, se admite că *actio de in rem verso* are caracter subsidiar. Când păgubitul are la dispoziție alt temei legal (contract, delict) pentru a recupera ceea ce i se datorează, acțiunea în restituire întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză nu poate fi admisă. În această ipoteză, motivele pentru care *actio de in rem verso* nu poate fi valorificată, reprezintă situații de inadmisibilitate. Subsidiaritatea (folosind terminologia codului) are în vedere situațiile-obstacol care impun imperativ reclamantului să uzeze de altă acțiune, pe care legea o pune la dispoziția acestuia. Sunt cazuri în care reclamantul preferă acțiunea specifică îmbogățirii fără justă temei, unei alte acțiuni, care este fie prescrisă, fie paralizată printr-o excepție pe care pârâtul ar putea să o invoce. Dacă *actio de in rem verso* s-ar substitui altui mijloc procedural (altei acțiuni în instanță), am asista la „deturnarea” prevederilor legale sau a clauzelor contractuale, după cum dictează interesul reclamantului.

Menționăm *situațiile în care acțiunea întemeiată pe îmbogățirea fără justă cauză este inadmisibilă*:

a) Însărăcitul-reclamant are la îndemână o altă acțiune în justiție împotriva îmbogățitului – de exemplu, o acțiune născută din contract – însă, din anumite motive, îi este mai profitabilă acțiunea care derivă din îmbogățirea fără justă cauză (aceasta din urmă nu poate înlocui acțiunea întemeiată pe contract<sup>92</sup> sau delict);

b) Reclamantul ar fi avut la dispoziție o altă cale legală împotriva celui îmbogățit, dar aceasta nu poate fi primită, întrucât a intervenit *prescripția, decăderea sau alte asemenea obstacole*; nu se poate recurge, ca substitut, la acțiunea născută din faptul îmbogățirii fără cauză justă, căci s-ar nesocoti dispozițiile legale privind impedimentele menționate;

c) Reclamantul poate intenta acțiune împotriva unei alte persoane decât cel îmbogățit. Este cazul îmbogățirii indirecte, când valoarea ajunge în patrimoniul îmbogățitului tranzitând patrimoniul unui terț. Corect, s-a menționat că acțiunea derivată din îmbogățire poate fi introdusă numai dacă, în prealabil, s-a intentat acțiunea normală, care a fost paralizată de un obstacol „de fapt” (insolvabilitatea terțului, de exemplu).

\* Prof.univ.dr., Facultatea de Drept a ULB Sibiu; jugastrucalina@gmail.com.

<sup>1</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, Paris, 2009, p. 559. Denumirea *cvasicontracte* a suportat critici severe, afirmându-se în literatura anterioară noului Cod civil român, că este confuză și neștiințifică, întrucât include fapte voluntare unilaterale într-o categorie asimilată contractelor. Este adevărat că acordul de voință al creditorului și al debitorului lipsește; este însă tot atât de adevărat că „nu se

- poate nega asemănarea unor asemenea fapte juridice cu unele formule contractuale, de unde și mimetismul acestor figuri juridice și denumirea lor tradițională de *vasicontracte*. De fapt, noțiunea nu făcea, în dreptul roman de unde și provine, decât să sublinieze că faptele juridice licite dau naștere unei acțiuni asemănătoare celei din contract și că obligațiile generate sunt și ele asemănătoare celor din contract – *obligationes quasi ex contractu*. Era vorba de o relație bilaterală perfectă. Pe de altă parte, în contextul juridic al vechiului cod care nu reglementa decât primele două fapte juridice licite (gestiunea de afaceri și plata nedatorată), practica judiciară și literatura de specialitate construiseră, în bună parte, teoria sau principiul îmbogățirii fără justă cauză, care se considera că este un fapt juridic licit, izvor distinct de obligații civile. De altfel, cu excepția unor reglementări specifice, gestiunii de afaceri și plății nedatorate li se aplică regulile care alcătuiesc teoria principiului îmbogățirii fără justă cauză. De aceea, astăzi legiuitorul i-a făcut loc în noua reglementare” (*L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 344).
- <sup>2</sup> A se vedea, *Ph. Le Tourneau, Gestion d'affaires*, în *Répertoire civile Dalloz*, martie 2008, p. 116.
- <sup>3</sup> Sub imperiul vechiului Cod civil, gestiunea de afaceri a fost definită ca „fapt juridic licit care constă în aceea că o persoană, numită gerant, încheie din proprie inițiativă, fără să fie obligată, acte juridice sau săvârșește acte materiale necesare și utile, în favoarea sau în interesul altei persoane, numită gerat” (*C. Stătescu, C. Birsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 103).
- <sup>4</sup> Anteproiectul de reformă privind dreptul obligațiilor și dreptul prescripției prevede că în sfera gestiunii de afaceri intră actele materiale săvârșite în favoarea geratului (art. 1328). Lucrările de elaborare a acestuia au fost coordonate de profesorul Pierre Catala. Proiectul poate fi consultat pe pagina [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf) (pagină consultată la 5 noiembrie 2010).
- <sup>5</sup> *J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 15.
- <sup>6</sup> Trib. Supr., col. civ, dec. nr. 781/23.07 1966, în *Culegere de decizii ale Tribunalului Suprem pe anul 1966*, Ed. Științifică, București, 1967, p. 191. A se vedea *S. Șerbănescu, Posibilitatea aplicării principiilor gestiunii de afaceri în actele intervenite pentru neexecutarea obligațiilor de întreținere a copiilor minori*, în R.R.D. nr. 5/1968, p. 67-70.
- <sup>7</sup> *L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 38-349.
- <sup>8</sup> *L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, Tratat elementar de drept civil. Obligațiile...*, p. 349.
- <sup>9</sup> „În măsură” nu are neapărat semnificația unei imposibilități absolute, ci a uneia relative de desemnare a mandatarului. De exemplu, se încadrează în această ipoteză, cazul în care situația de gestionat are un caracter urgent, iar geratul se află internat într-un spital sau în detenție pentru executarea unei pedepse penale etc. (imposibilitate absolută). Dar, se poate spune că geratul nu se află în măsură să desemneze un mandatar și atunci când efortul unei asemenea desemnări este disproporționat în raport cu natura actelor sau faptelor supuse gestiunii. De exemplu, geratul se află la o distanță prea mare de cel mai apropiat birou notarial (imposibilitate relativă)» (a se vedea, *L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, Tratat elementar de drept civil. Obligațiile...*, p. 349, nota 8 de subsol).
- <sup>10</sup> *Ibidem*, p. 349-350.
- <sup>11</sup> Code civil, 110<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2010, p. 1647.
- <sup>12</sup> *J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux*, op. cit., 2, p. 9.
- <sup>13</sup> Nu numai Codul civil francez, dar și Proiectul Catala se referă la gestiunea efectuată „cu știrea sau fără opoziția stăpânului afacerii” – gerantul supunându-se, în ceea ce privește actele juridice sau materiale pe care le săvârșește, regulilor mandatului expres pe care ar fi putut să îl primească (art. 1328). Dar într-un comentariu al acestui articol, se arată că gratuitatea mandatului rezultă în mod clar din faptul că remunerarea gerantului nu figurează în rândul obligațiilor geratului, utilitatea fiind singura condiție necesară îndeplinirii obligațiilor geratului față de gerant.

- <sup>14</sup> Pentru jurisprudență română în materie, a se vedea V. Terzea, Codul civil, vol. II (art. 644-1404), Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 502-503. Dacă există opoziția tacită a coindivizabililor, actul nu le este opozabil pe temeiul gestiunii de afaceri, chiar dacă intervenția este oportună.
- <sup>15</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 9.
- <sup>16</sup> *Ibidem*, p. 10.
- <sup>17</sup> În această situație se află și cel care, crezând că are calitatea de moștenitor în virtutea unui certificat de moștenitor ulterior anulat, face o serie de reparații la casa aparent moștenită, iar după aceea, realizează că nu deține calitatea de moștenitor (L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 350).
- <sup>18</sup> C. Hamangiu, N. Georgean, Codul civil adnotat, vol. III, Ed. Soccec & Co, SAR, București, 1929, p. 502-503.
- <sup>19</sup> Cu privire la elementul subiectiv al gestiunii de afaceri, a se vedea, P. Vasilescu, Drept civil. Obligații, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 207.
- <sup>20</sup> Cass., camera comercială, 16.11.1976; Cass., prima cameră civilă, 8.06.1977, hotărâri citate după J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 10, nota 5.
- <sup>21</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 16.
- <sup>22</sup> *Ibidem*.
- <sup>23</sup> A se vedea și Dicționarul explicativ al limbii române, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 722.
- <sup>24</sup> *Ibidem*, p. 1142.
- <sup>25</sup> În pofida discuțiilor din literatura franceză, Proiectul Catala a instituit condiția utilității: „Cel a cărui afacere a fost gerată în mod util [...]”. De altă parte, Codul civil francez vorbește de afacerea „bine administrată” (art. 1375) – ceea ce înseamnă afacere administrată în mod util.
- <sup>26</sup> „Stăpânul ale cărui afaceri au fost bine administrate (...)” – art. 991.
- <sup>27</sup> L. Pop, Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 149; C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., p. 107; R.I. Motica, E. Lupan, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 144; I. Dogaru, P. Drăghici, Bazele dreptului civil, Volumul III, Teoria generală a obligațiilor, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 210-211.
- <sup>28</sup> M. Mureșan, Dicționar de drept civil (lucrare actualizată, îndreptată și dezvoltată în colectiv), Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 337-339, p. 119.
- <sup>29</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, Paris, 2009, p. 564.
- <sup>30</sup> L. Pop, Drept civil român. Teoria generală a obligațiilor..., p. 151; I. Dogaru, P. Drăghici, op. cit., p. 214; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 19.
- <sup>31</sup> Cu privire la această obligație, a se vedea Ph. Delebecque, F.-J. Pansier, Droit des obligations, 1, Contrat et quasi-contrat, Litec, Paris, 2006, p. 282. Obligația era statuată ca atare în art. 998 vechiul C. civ. român, după modelul Codului Napoleon.
- <sup>32</sup> L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 353.
- <sup>33</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p. 569.
- <sup>34</sup> Loc. cit.
- <sup>35</sup> A se vedea, L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 356.
- <sup>36</sup> P. Vasilescu, Drept civil. Obligații (...), p. 209.
- <sup>37</sup> Oportunitatea nu include utilitatea. Prin urmare, „inoportun” nu semnifică, ceea ce nu este necesar și ceea ce nu este util. Inoportun înseamnă ceea ce se întâmplă într-un moment nepotrivit.
- <sup>38</sup> Pentru practică judiciară în acest sens, a se vedea Cass., prima cameră civilă, hotărârea din 16 noiembrie 1955, (notă Esmein), citată după J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 20.
- <sup>39</sup> P. Vasilescu, Drept civil. Obligații (...), p. 209.
- <sup>40</sup> *Ibidem*, p. 15-17.
- <sup>41</sup> Proiectul Catala (art. 1328-2).
- <sup>42</sup> Doctrina franceză este cea care face această discuție, cu argumente de detaliu. A se vedea O. Căpățână, Titlul gratuit în actele juridice, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 62-64.

- <sup>43</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p. 564.
- <sup>44</sup> Cornejo, Sociologie générale, II, p. 319, apud O. Căpățână, op. cit., p. 7.
- <sup>45</sup> *Ibidem*, p. 56.
- <sup>46</sup> Gh. Piperea, Mandatul profesional, în R. Bufan, R.N. Catană, L. Bercea, Dreptul comercial la confluența a două coduri, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 280-281.
- <sup>47</sup> Cu privire la conotația termenului „prezumție”, a se vedea, I. Deleanu, Considerații cu privire la prezumțiile juridice, în I. Deleanu, Prolegomene juridice, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 173-177.
- <sup>48</sup> *Ibidem*, p. 281.
- <sup>49</sup> Cu privire la definiția, reglementarea și natura juridică a plății, a se vedea L. Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. I, Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 446-449.
- <sup>50</sup> În definiția doctrinară, plata nedatorată este faptul juridic licit care constă în executarea de către o persoană, din eroare, a unei prestații la care nu era obligată și fără intenția de a plăti pentru altul. Efectuarea plății, ca fapt material, trebuie să fie dublată, în principiu și de elementul său intențional: *solvens* este necesar a face plata cu voința fermă de a stinge o datorie (L. Pop., I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 358, p. 360).
- <sup>51</sup> C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., p. 116-117; I. Dogaru, P. Drăghici, op. cit., p. 358-359; V. Terzea, op. cit., p. 507-508.
- <sup>52</sup> P. Vasilescu, Drept civil. Obligații (...), p. 211.
- <sup>53</sup> A se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 24-26.
- <sup>54</sup> *Ibidem*, p. 25-26.
- <sup>55</sup> Art. 1475 C. civ.
- <sup>56</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 25.
- <sup>57</sup> Cu privire la condiția erorii în noul Cod civil, a se vedea, L. Pop., I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 361-363.
- <sup>58</sup> P. Vasilescu, Drept civil. Obligații (...), p. 212. În schimb, plata rămâne datorată și validă atunci când eroarea se referă numai la data scadenței. Debitorul care a efectuat plata înainte de scadență are acțiune în restituire doar dacă probează că a fost indus în eroare cu privire la data scadenței sau că a fost forțat să facă plata anticipat.
- <sup>59</sup> L. Pop. I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 361-362.
- <sup>60</sup> L. Pop. I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 362.
- <sup>61</sup> Cu o redactare mai adecvată, Proiectul Catala precizează oportun: „Dacă dovedește că plata s-a făcut cu intenție liberală, pentru plata unei obligații naturale sau din orice altă cauză (s.n.) (...)” [art. 1330 alin. (2)].
- <sup>62</sup> Cu privire la clasificarea obligațiilor în civile și naturale, a se vedea C. Munteanu, O. Ungureanu, Drept civil. Partea generală, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 139-140.
- <sup>63</sup> Clasificarea este analizată pe larg, cu aparat bibliografic consistent, în L. Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. I (...), p. 80-88.
- <sup>64</sup> *Ibidem*, p. 85-87.
- <sup>65</sup> Structura obligației civile a prilejuit delimitarea a două concepții: autori care afirmă structura tripartită (subiecte, obiect, conținut) și autori care argumentează patru elemente: cele trei menționate și, în plus, sancțiunea obligației civile.
- <sup>66</sup> M. Nicolae, Tratat de prescripție extintivă, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 1163.
- <sup>67</sup> E. Lupan, I. Sabău-Pop, Tratat de drept civil român, Vol. I. Partea generală, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 275; G. Boroî, Drept civil. Partea generală. Persoanele, Ediția a 4-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 269; M. Mureșan, P. Ciacli, Drept civil. Partea generală, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2000, p. 190; O. Ungureanu, Drept civil. Introducere, ediția a 8-a, Ed. Hamangiu, 2007, p. 253.
- <sup>68</sup> G. Boroî, op. cit., p. 269.
- <sup>69</sup> În acest sens, Cass., prima cameră civilă, hotărârea din 31 octombrie 1989, în Recueil Dalloz, 1991, Sommaires commentés, n° 332.
- <sup>70</sup> L. Pop, Tratat de drept civil. Obligațiile, vol. I (...), p. 156; M.N. Costin, M.C. Costin, op. cit., p. 946.
- <sup>71</sup> I. Deleanu, Ficțiunile juridice, Ed. All Beck, București, 2005, p. 319.

- <sup>72</sup> I. Dogaru, P. Drăghici, op. cit., p. 226 și urm.
- <sup>73</sup> Cu privire la îmbogățirea fără justă cauză în dreptul român, sub imperiul dispozițiilor vechiului Cod civil, a se vedea, L. Pop, Îmbogățirea fără justă cauză în reglementarea noului Cod civil, în *Dreptul*, nr. 7/2013, p. 18-21.
- <sup>74</sup> J. Deleanu, *Ficțiunile juridice (...)*, p. 319.
- <sup>75</sup> Pentru detalii privind teoriile respective, a se vedea J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 39-41, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p. 579-580, I. Deleanu, *Ficțiunile juridice (...)*, p. 316-319.
- <sup>76</sup> A se vedea, L. Pop, Îmbogățirea fără justă cauză în reglementarea noului Cod civil (...), p. 22-35.
- <sup>77</sup> A se vedea C.A. Păun, Definierea condițiilor economice ale acțiunii de in rem verso în dreptul românesc, în R.R.D.P. nr. 5/2007, p. 60-70.
- <sup>78</sup> Tribunalul civil Bar-le-Duc, hotărârea din 5 ianuarie 1943 în *Dalloz critique*, 1944.18 și Cass., prima cameră civilă, hotărârea din 15 martie 1972, în *Bulletin civil*, I, n<sup>o</sup> 88 și în *Semaine Juridique*, Édition Générale, 1972. IV. 109. Hotărârile sunt citate după J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 42, nota 6.
- <sup>79</sup> L. Pop, Îmbogățirea fără justă cauză în reglementarea noului Cod civil (...), p. 25-26.
- <sup>80</sup> G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil. Les obligations*, tome 1, Les sources, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris, 1988, nr. 292, citați după J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 43, nota 2 și hotărârile menționate la nota 3.
- <sup>81</sup> A se vedea, L. Pop, Îmbogățirea fără justă cauză în reglementarea noului Cod civil (...), p. 26.
- <sup>82</sup> Pentru prima ipoteză, avem ca exemplu situațiile majoritare: îmbunătățiri aduse lucrului proprietatea altuia, prestarea unui serviciu în favoarea altei persoane – toate fără intenția de gratificare. Corelația este indirectă, de exemplu, dacă fratele și sora se gospodăresc împreună, iar sora procură, pe credit, produse necesare vieții în comun – a se vedea, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 44-45 și nota 1 de la p. 45.
- <sup>83</sup> L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 373.
- <sup>84</sup> A se vedea, L. Pop, Îmbogățirea fără justă cauză în reglementarea noului Cod civil (...), p. 38-40.
- <sup>85</sup> Pentru exemplul citat, a se vedea Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, op. cit., p. 585-586. Discuțiile au fost prilejuite de speța *Patureau-Mirand*, ajungându-se la soluția contrară: îmbogățirea locatorului a fost justificată prin invocarea opozabilității contractului încheiat între antreprenor și locatar, față de locator și prin ignorarea principiului subsidiarității. Insolabilitatea a fost considerată un impediment de fapt, care deschide antreprenorului cale de acțiune împotriva locatorului.
- <sup>86</sup> O. Căpățână, *Titlul gratuit în actele juridice*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 7. «Altruismul nu constituie decât o formă derivată de egoism, un sentiment creat sub influența educației în viața individului și un „produs al istoriei” în evoluția umanității [...]. Ambele sentimente coexistă în sufletul nostru ca fenomene primare și de origine distinctă, fără ca vreunul să fie subordonat celuilalt».
- <sup>87</sup> Înainte de modificare, prin legea de aplicare, noul Cod civil conținea în art. 1347 alin. (2), prevederea că, în raport cu aceeași dată (data sesizării instanței) se apreciază existența și întinderea atât a îmbogățirii, cât și a pierderii patrimoniale.
- <sup>88</sup> L. Pop, I.-F. Popa, S.I. Vidu, op. cit., p. 375.
- <sup>89</sup> J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, op. cit., 2, p. 59. Pentru o cercetare monografică a datoriei de valoare, a se vedea, F. Roșioru, *Datoriile de valoare*, Teză de doctorat, Facultatea de Drept, Cluj-Napoca, 2011.
- <sup>90</sup> M. Mureșan, *Dicționar de drept civil...*, p. 373.
- <sup>91</sup> În literatura română veche s-a arătat că faptul de a dispune de mai multe acțiuni pentru valorificarea unui drept este firesc și, prin urmare, condiția respectivă este arbitrară. A se vedea, în acest sens, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Drept civil român. Studiu de doctrină și de jurisprudență*, Ed. Socec & Co, S.A.R., 1943, p. 116.
- <sup>92</sup> Jurisprudența franceză a admis acțiunea din îmbogățire fără justă cauză atunci când reclamantul nu a fost în măsură să aducă dovada existenței unui contract de mandat între părți. Acțiunea respinsă pentru imposibilitatea probării madatului a devenit admisibilă dacă, în subsidiar, s-a invocat îmbogățirea fără justă cauză (a se vedea F. Buy, *L'essentiel de la jurisprudence civile. Obligations*, 83 grands arrêts commentés, Gualino, Paris, 2009, p. 139).

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **THE PROTECTION OF QUASI-POSSESSION IN SOUTH AFRICAN LAW<sup>1</sup>**

**Duard KLEYN\***

**Abstract:** *The South African legal system is uncodified and from a comparative law perspective it is usually classified as a “mixed legal system”, meaning a mixture between Romano-Germanic law (in the form of Roman-Dutch law) and English common law.*

*Property law is deeply rooted in Roman and Roman-Dutch law and a sharp distinction is drawn between ownership and possession and the protection of these two institutions. This contribution focuses on the protection of quasi-possession namely the possession of rights. Only certain rights can be possessed in South African law. These are rights of use such as servituted rights and so-called incidents of possession (for example the access to water and electricity in terms of a contract such as a contract of letting and hiring).*

*There is only one possessory remedy in South African law, the mandament van spolie (spoliation order or actio spoliij). This remedy originated in 9<sup>th</sup> century Canon Law and it protects possession against spoliation (the unlawful deprivation of possession of a thing or an alleged right). In accordance with the Roman, Canon law and Roman-Dutch tradition, when applying the mandament the court is not supposed to investigate the merits of the case (the actual rights of the parties). The Court only establishes whether there was possession of the alleged right (the exercise of actions usually associated with the right) and whether there was spoliation. Recently, however, the South African Supreme Court of Appeal started to focus on the actual rights (real or personal) of the parties involved. It is submitted that this approach is incorrect and that the same results could have been achieved if the Court had followed the traditional Roman and Roman-Dutch approach.*

**Key words:** *Quasi-possession, quasi-possession in South Africa law, possession of incorporeals, spoliation, possessory protection, possessory remedy, mandament van spolie, spoliation order, actio spoliij, spoliatus ante omnia restituendus est*

#### **1. Introduction**

From a comparative law perspective, the South African legal system is usually classified as a “mixed legal system”. This indicates a mixture between civil law (Romano-Germanic law) in the form of Roman-Dutch law and English common law.<sup>2</sup> Unlike most civil law systems on the European continent, South African law is not codified which means that the law is to be found in various sources: primary sources such as legislation, case law and common law and secondary sources such as modern scholarly writings.<sup>3</sup> The South African constitution contains a bill of rights which recognises common law and it requires the courts to interpret and develop common law in such a way that it promotes the spirit, purport and objects of the bill of rights.<sup>4</sup>

Our common law in the form of Roman-Dutch law was transplanted to the Cape of Good Hope in 1652 when the East India Company (*Vereenigde Geocroyeerde Oost-Indische Compagnie*, abbreviated VOC) established a refreshment station there. The exact meaning of “Roman-Dutch law” is not always clear. There exists a narrow approach that suggests that only the seventeenth- and eighteen-century institutional writers of the province of Holland are authoritative. Of the seven provinces of the Dutch Republic, Holland was the most prominent as the political and economic centre. However, there is also the wider approach that Roman-Dutch law developed during the reception of learned law since the 11<sup>th</sup> century in the whole of Western Europe and that it forms part of the Roman-Canon *ius commune* of the continent. Although the narrow approach is supported by a judgment of the Appellate Division of 1949,<sup>5</sup> the courts generally follow the wider approach.<sup>6</sup>

There are several areas of South African law that are strongly influenced by the English common law, especially in the field of procedural law and commercial or mercantile law.<sup>7</sup> However as far as property law is concerned, of which the law of possession forms part, the basis is Roman-Dutch with very strong roots in Roman law.<sup>8</sup> General possessory theory such as the concept of possession itself (that it consists of a physical element, the *corpus*, and the mental element, the *animus*) and issues relating to the acquisition, retention and loss of possession, as well as the functioning of possessory protection, is fundamentally based on Roman law. However, the possessory remedy as such, which protects possession, has its origins in canon law: the *mandament van spolie* or spoliation order.<sup>9</sup> When applying the *mandament van spolie* our courts have followed the wide approach to common law and relied not only on Dutch authors such as Van der Linden, Willem de Groot, and Wassenaar but also on Italian authors such as Menochius and Maranta and German authors such as Leyser and Savigny.<sup>10</sup>

In South African property law a clear distinction is drawn between possession and ownership. Ownership is seen as a real right (full title) in respect of a thing, in fact it is the strongest real right providing the owner with the fullest entitlements with regard to the thing and it is protected by an action, the *rei vindicatio*. Possession is in the first place a factual relationship of control over a thing, but whether it is also a real right concerns an age-old debate which still remains clouded in confusion.<sup>11</sup>

However, this contribution focuses on the protection of quasi-possession by the *mandament van spolie*, which is the only possessory remedy in the true sense of the word in South African law and which functions quite differently from remedies protecting rights in general, such as the *rei vindicatio*. The purpose of the *mandament van spolie* is to restore possession that was lost as a result of spoliation. It is unique in that when the court applies the remedy in order to solve a possessory dispute, it does not concern itself with the merits of the case, as it does not consider the rights of the parties. It only tries to establish whether there was possession (or quasi-possession) and whether it was spoliated (in other words, whether the possessor was unlawfully dispossessed).<sup>12</sup>

Possession in the ordinary sense of the word denotes factual control of a corporeal thing. Quasi-possession in South African law refers to the possession of rights.<sup>13</sup> Now, here we are immediately confronted by two questions: What kinds of rights are worthy of protection by

the *mandament van spolie* and, secondly, how does one possess a right? With regard to the first question it has been stated by the Supreme Court of Appeal that:

[T]he *mandament van spolie* does not have a “catch-all function” to protect the *quasi-possessio* of all kinds of rights irrespective of their nature... [it is not the appropriate remedy] where contractual rights are in dispute or specific performance of contractual obligations is claimed... The right held in *quasi-possessio* must be a “gebruiksreg” [right of use] or an incident of the possession or control of the property.<sup>14</sup>

With regard of the second question it is accepted that ‘[t]he *quasi-possessio* consists in the actual exercise of an alleged right’.<sup>15</sup>

In the case of *Telkom SA Ltd v Xsinet (Pty) Ltd*<sup>16</sup> the court made the following observation:

Originally, the *mandament* only protected the physical possession of movable or immovable property. But in the course of centuries of development, the law entered the world of metaphysics. A need was felt to protect certain rights (tautologically called incorporeal rights) from being violated. The *mandament* was extended to provide a remedy in some cases. Because rights cannot be possessed, it was said that the holder of a right had ‘quasi-possession’ of it, when he has exercised such rights. Many theoretical and methodological objections can be raised against this construct, *inter alia*, that it confuses contractual remedies and remedies designed for protecting real rights. However, be that as it may, the semantics of “quasi-possession” has passed into our law. This is all firmly established.

In practice the cases before the courts relating to our topic often concern servitotal disputes between parties or cases where water, electricity and telecommunication services were cut off by one of the parties who alleges either that the right does not exist (for example a servitotal right), or because of a dispute concerning outstanding fees in terms of a contract relating to the provision of the abovementioned services. In such cases the dispossessed party (the *spoliatus*) applies for a *mandament van spolie* to seek immediate restoration of the possession of incorporeals (quasi-possession) before the dispute on the merits is settled, in other words restoration *ante omnia*.

In recent times this has become a very complicated and confusing matter in South African law because the courts have started to focus on the rights of the parties in possessory cases like these.<sup>17</sup> A historical background is necessary to fully understand the issue.

## 2. Historical background

### 2.1 Possessory remedies and procedure

Roman law provides us with no definition of possession. Paul,<sup>18</sup> following Labeo, merely points out that the term *possessio* is derived from ‘seat’ or ‘position’. However, Ulpian<sup>19</sup> states that possession has nothing in common with ownership. This is quite a sweeping statement,<sup>20</sup> but the difference between ownership and possession is clearly illustrated by the protection of possession by means of the possessory remedies and the procedural aspects thereof. Special remedies, the *interdicta*, were created by the praetor to protect possession as



such. There were three authentic possessory interdicts, the *interdicta uti possidetis, utrubi* and *unde vi*.<sup>21</sup> The *interdictum unde vi* can be considered as the earliest root of the *mandament van spolie* because it only concerned the restoration of possession (lost by means of violence). The remedy was not available in cases of mere disturbances of possession.<sup>22</sup>

The reasoning behind the Roman approach to the protection of possession is explained by the remark of the emperor Marcus Aurelius<sup>23</sup> that violence (*vis*) not only implies physical violence, but that it is also present when someone dispossesses another without the intervention of the legal process. It concerns the situation where someone who professes to be entitled to the possession of a thing takes the law into his own hands (acts as his own judge)<sup>24</sup> by disturbing or dispossessing the possessor. Procedurally, therefore, a distinction was made between the preceding possessory suit (*iudicium possessorium*) and the subsequent petitory suit (*iudicium petitorium*). Possession must first be restored. During the possessory suit, when the possessory remedy is applied, the judge does not consider the merits of the case and the rights of the parties. He merely deals with the *de facto* issue of possession and the disturbance or deprivation thereof. The unsuccessful party in the possessory suit can thereafter enforce his rights in the petitory suit. The successful party of the possessory suit would then be the defendant, who might in the end lose his possession. In this sense, the possessory remedy sometimes provides only temporary relief. During the petitory suit other remedies such as actions (for example the *rei vindicatio*) are instituted and the plaintiff had to prove his title, what we nowadays refer to as rights. In the case of the *rei vindicatio*, for instance, the plaintiff had to prove ownership and that he was entitled to the possession because the defendant's possession was unlawful.<sup>25</sup>

The possessory remedies of Roman law were received into Western European law since the late eleventh century, but during the reception period before the codification movement in Europe, several other possessory remedies came into existence.<sup>26</sup>

In Roman-Dutch law three possessory remedies were in use during the seventeenth and eighteenth centuries. They were the *mandament van complainte*, the *mandament van mainteue* and the *mandament van spolie*. These remedies were received in the Netherlands from France.<sup>27</sup> The *mandament van spolie* emerged in Canon law with the creation of the so called '*condictio ex canone redintegrandi*' in the glosses of the *Decretum Gratiani*.<sup>28</sup> In later centuries this remedy was also received into secular law as the remedy of *réintégrand*e in France<sup>29</sup> and as the *actio spoli*i in Germany.<sup>30</sup> As far as the application of the possessory remedies in general is concerned, the Roman doctrine of the separation of the possessory and petitory suits was received in the law of civil procedure in Canon law and in the European *ius commune*. The underlying principle of the *mandament van spolie* was *spoliatus ante omnia restituendus est*: the spoliated person must be reinstated in possession before anything else (before an evaluation of the merits of the dispute) because the spoliator took the law into his own hands.<sup>31</sup>

## 2.2 The possession of incorporeals

It is generally accepted that in Roman law only corporeals were initially regarded as things (*res*) in the eyes of the law and capable of possession, but at an early stage,

presumably during the late Republican period, the existence of incorporeal things were recognized.<sup>32</sup> Gaius, in his *Institutiones*<sup>33</sup> provides us with his tripartite division of law into things, persons and actions. He then distinguishes between corporeal things (*res corporales*) and incorporeal things (*res incorporales*).<sup>34</sup> The same approach was followed by Justinian in the *Corpus Iuris Civilis*.<sup>35</sup> Both also mention that the interdicts protect possession and quasi-possession.<sup>36</sup> Corporeal things are things that can be touched. Incorporeals are things that exist merely in law, such as a usufruct and obligations,<sup>37</sup> what we today regard as examples of real and personal rights. Thomas refers to this abstraction that rights can function as things or objects as 'a laudable feat of abstraction and rationalisation'.<sup>38</sup> Whereas Ulpian merely suggests that the *interdictum uti possidetis* should be extended to usufructuaries,<sup>39</sup> he states it as a fact that usufructuaries are protected by the *interdictum unde vi* and refers to their relationship in respect of the thing as *quasi possessio*.<sup>40</sup>

The Roman doctrine of the *quasi possessio* of incorporeal things was eventually received into Canon law and the *ius commune*. In Canon law the possessory protection of *quasi possessio* (also referred to as *possessio iuris*) was extended far beyond the scope of usufruct.<sup>41</sup> Our Roman-Dutch authors such as Hugo de Groot,<sup>42</sup> Dionysius van der Keessel,<sup>43</sup> Johannes Voet,<sup>44</sup> Simon van Leeuwen<sup>45</sup> and Ulric Huber<sup>46</sup> were similarly acquainted with the notion of incorporeals and the possessory protection thereof. For instance, to prevent a person from exercising a servitute right was regarded as spoliation and in such a case the *mandament van spolie* could be applied for.<sup>47</sup>

### 3. South African Law

#### 3.1 *The mandament van spolie as only possessory remedy*

In the late nineteenth and early twentieth century there were a few cases concerning the restitution of possession where the court seemed to apply the *mandament van complainte*, but also mentioned spoliation and the maxim *spoliatus ante omnia restituendus est* at the same time. However, these decisions are extremely vague and confusing as it is not clear exactly which possessory remedy was applied.<sup>48</sup> By now it has, however, been settled that the *mandament van spolie* is the only Roman-Dutch *mandament* that has survived and that *complainte* and *maintenue* have fallen into desuetude. Hahlo and Kahn<sup>49</sup> remark as follows: 'It is remarkable that it is this remedy (*mandament van spolie*) which was not much used in Roman-Dutch law, has become the basis of the protection of possession in modern law.'

As far as the origin of the modern *mandament van spolie* is concerned, Curlewis J in *Muller v Muller*<sup>50</sup> made the following observation: 'Now it is quite clear that, though our spoliation order has its roots in Roman law, it is really derived from Canon law... We have to do then with the Canon law and with a *mandament van spolie* as obtained in the old Dutch courts...'

English law has never been applied in respect of the *mandament van spolie*.<sup>51</sup>

Possession can also be protected by other remedies, such as interdicts and delictual actions,<sup>52</sup> but these cannot be considered as possessory remedies in the true

sense of the word, because in such cases the rights of the parties have to be proved. The *mandament van spolie* is the only true possessory remedy in South African law where the applicant only needs to prove that he was in possession and that he was despoiled (unlawfully dispossessed).<sup>53</sup> The court does not concern itself with the merits of the case, as explained above. True possessory remedies for mere disturbance of or interference with possession, as had existed in our common law are unknown in South African law.<sup>54</sup> In such cases the parties must resort to an interdict.

The *mandament* is therefore a unique and, maybe for some, a peculiar remedy of South African law. When applying the *mandament van spolie*, the courts have mentioned that the purpose of the principle *spoliatus ante onnia restituendus est* is to prevent people from taking the law into their own hands. This led A.J. van der Walt in the 1980s to regard the *mandament van spolie* not as a possessory remedy, but rather as to a general remedy that protects the public order against disturbances of the peace. It is for this reason, according to him, that the *mandament van spolie*, apart from its other peculiarities, also protects quasi-possession.<sup>55</sup>

## **3.2 Quasi-possession**

### **3.2.1 Introduction**

Notwithstanding the long civil law tradition of the recognition of incorporeal things and the quasi-possession thereof, it does not always sit comfortably within the realm of “property law” or the “law of things” as this area of law is sometimes referred to. Although early South African authors recognized quasi-possession,<sup>56</sup> its recognition suffered a setback with the reception of the theories of the German Pandectists during the nineteen-fifties, as evidenced in the works of WA Joubert,<sup>57</sup> CG van der Merwe<sup>58</sup> and JC Sonnekus.<sup>59</sup> Their approach is to limit the law of things (property law) to corporeals.<sup>60</sup> Various reasons are furnished for this approach, amongst others that private-law rights are distinguished with regard to their objects and that to recognise rights as objects would confuse the distinction between real rights (with corporeals as objects) and personal rights (such as contractual rights with performances, which are incorporeal as objects).<sup>61</sup> However, the fact that rights (incorporeals) can function as the objects of real rights is recognised in South African case law and legislation.<sup>62</sup> The reason for this is obviously that such rights have a monetary value.<sup>63</sup> Malan remarked that wealth today is more and more incorporated in incorporeals which can be regarded as the *res mancipi* of the modern world.<sup>64</sup> The South African constitution also does not confine property to corporeal things.<sup>65</sup>

### **3.2.2 Protection of quasi possession by the mandament van spolie**

The South African courts have a long tradition of protecting quasi-possession by means of the *mandament van spolie*.<sup>66</sup> As already pointed out,<sup>67</sup> although quasi-possession concerns the possession of rights, the *mandament van spolie* does not have a catch-all function to protect the so-called quasi-possession of all rights. In earlier case law and

authorities cited there a superficial reading might suggest that a wide approach is followed in this regard. For instance, in *Nienaber v Stuckey*<sup>68</sup> the court referred to the *locus classicus*, *Nino Bonino v De Lange*, where the court remarked that 'spoliation is any illicit deprivation... of a legal right'. The Court also cited the Dutch author, Wassenaar, who states that the spoliation remedy is available in the case of deprivation of 'eenige gerechtigheden' (all rights). However, this is not correct.

Of particular importance here is the fact that specific performance of a personal right (contractual right) cannot be enforced with the *mandament van spolie*. For instance, where a lessor refuses to deliver the object of the lease to the lessee, the *mandament* is not the appropriate remedy to enforce the lease. The lessee should have recourse to the contractual remedy. In such a case it is also clear that the lessee did not have possession in the first place. A seller, likewise, cannot force the buyer to pay the outstanding amount of the price with the *mandament*.<sup>69</sup>

As mentioned above,<sup>70</sup> the rights that are protected basically are rights of use of a corporeal thing. These can be what is referred to as "servituted rights" such as a right of way or a right to draw water, or it can incorporate so-called "incidents of possession" where someone who is in possession of premises also has access to services such as electricity, water supply and telecommunication. It is important to note that the use can either exist in terms of a professed real right (such as a servitude), or a contractual (personal) right such as a lease.

There needs to be a close connection between the use and the possession of a corporeal thing. In *Shoprite Checkers Ltd v Pangbourne Properties Ltd*<sup>71</sup> the applicant, a supermarket, leased premises from the respondent, a shopping centre. There was an open parking area which could be used by customers of all the tenants, but was under the exclusive control of the lessor. The lessor started building operations for new shops and an extended parking area, which interfered with the use of the parking area by the applicant's employees and customers. The court refused an application for a *mandament van spolie* and remarked as follows:

The mere fact that the applicant might or might not have had a right, derived from contract which it entered into with the respondent, to make use of the parking area, did not in my view, amount to a "possession" as envisaged in the authorities, of such designated area for the purposes of establishing an entitlement to the *mandament van spolie*.<sup>72</sup>

During spoliation proceedings where the possession of corporeals is protected, the applicant only has to prove that he or she was in possession of the thing and that he or she was unlawfully dispossessed (spoliated). This was explained as follows in *Kramer v Trustees Coloured Vigilance Council Grassy Park*:<sup>73</sup>

It is trite law that in order to obtain a spoliation order two allegations must be made and proved, namely (a) that applicant was in peaceful and undisturbed possession of the property and (b) that respondent deprived him of the possession forcibly or wrongfully against his consent.

The same approach is followed in respect of the protection of quasi-possession of incorporeals as explained by Hefer JA in the *locus classicus* in this regard, *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi*<sup>74</sup> where he stated that possession and spoliation of

the alleged right must be proved. In the case of a servitude, possession lies in the use of the servitude over some time and that this replaces the physical possession of a corporeal. It concerns the exercise of actions that are usually associated with the particular rights.<sup>75</sup> In certain cases before *Bon Quelle* the applicant was required to prove the existence of the professed right in order to succeed with the *mandament van spolie*.<sup>76</sup> This was the approach in Canon law before the thirteenth century, but it was rejected in *Bon Quelle* as it would imply that the court must adjudicate upon the merits of the case, namely upon the rights of the parties, which is contrary to general possessory theory.<sup>77</sup> It was explained in subsequent cases in the following way: '[T]he *status quo* that the *spoliatus* desired to restore by means of the *mandament van spolie* was the factual exercise of the servitude and not the servitude itself',<sup>78</sup> and also: 'Although it might appear illogical that the servitude does not have to be proved, it is the *status quo* which has to be restored by the *mandament van spolie* until it is determined whether the servitude indeed exists...'<sup>79</sup> However, the author Sonnekus still maintains that the professed right must be proved to exist.<sup>80</sup>

The same uncomfortability or aversion that exists with regard to the recognition of incorporeals and its possessory protection within the area of property law as discussed above,<sup>81</sup> also presents itself in the works of some academics on the topic of the protection of quasi-possession by the *mandament van spolie*.<sup>82</sup> Sonnekus maintains that it is unacceptable from both an historical and a theoretical point of view, since only corporeals can be possessed. He considers the protection of incorporeals by means of the *mandament van spolie* as an extraordinary application of the remedy and is of the opinion that in cases where the so-called 'possession of rights' has in fact been protected, the possession concerned actually amounted to the possession of a corporeal thing.<sup>83</sup> Van der Walt also considers the protection of quasi-possession as peculiar, but ascribes this to the extended application of the *mandament* as a remedy to protect the public against self-help. He also maintains that in most cases it actually amounts to the protection of possession of a corporeal thing. He agrees that in the case of the protection of a servitude, it essentially concerns the interrupted and limited possession of the servient tenement, which is corporeal. Therefore, terminology such as "quasi possession of a right" clouds the issue, because it excludes the role of the corporeal thing. He concedes, however, that this solution is difficult to align with the protection of the use of water and electricity which are incidents of the possession of premises.<sup>84</sup> The view of Sonnekus that the possession of incorporeals is historically and theoretically unacceptable cannot be supported as it is historically incorrect. Furthermore, it is doubtful whether the possession of, for instance, the right of way over the servient tenement could ever constitute possession, whether interrupted or limited, of the road or land itself.

Similar doubts have also been raised in case law. In *Zulu v Minister of Works, KwaZulu and Others*<sup>85</sup> the court remarked: 'In truth the *mandament van spolie* is not concerned with the protection or restoration of *rights* at all. Its aim is to restore the factual possession of which the *spoliatus* has been unlawfully deprived.'

In *Microsure v Net 1 Applied Technologies SA*<sup>86</sup> the court remarked that '[a] number of well-meaning jurists appear to have encouraged the extension of the application of the *mandament van spolie* to instances of quasi-possession of incorporeals. That is undesirable and could possibly even be detrimental to economic and commercial activity.'

Such a view draws a line through the whole historical development since Roman times of the topic under discussion.

### **3.2.3 Focusing on the rights of the parties**

As pointed out above,<sup>87</sup> in the light of our common law the distinction between the possessory suit and the petitory suit in modern day South African law implies that the rights of the parties in the possessory suit are not under consideration.

Quasi-possession concerns the use, namely the exercise of actions usually associated with the professed or alleged rights. Unfortunate formulation in some judgements can create confusion, for instance where the court proclaims that the applicant was spoliated of a “right of possession” or that he or she was in “possession of an incorporeal right.”<sup>88</sup> This suggests the existence of a *ius possidendi* (a right to possession), that has its origin in, for example either a real or a personal right.<sup>89</sup> This is probably the reason why, in some cases in the past, it was required to prove the existence of the right.<sup>90</sup> We now turn to the possessory protection of so-called “servituted rights” and “incidents of possession”, as examples of quasi-possession. It is not always possible to draw a sharp distinction between these two categories.

#### **3.2.3.1 Servituted rights**

This is the oldest case of quasi-possession that originated in Roman law where usufruct was referred to as *quasi-possessio* and was protected by the possessory interdicts.<sup>91</sup>

Nowadays it mostly concerns disputes with regard to the right of way or access, or rights to water supply. In *Nienaber v Stuckey*<sup>92</sup> the applicant and respondent had an agreement (contract) that the applicant could plough and cultivate a part of the respondent’s land. A dispute arose between the parties regarding the nature of the agreement (lease or not) and for how long the respondent had granted the right. After two years the respondent’s manager, on instruction of the respondent, closed the gate that gave the applicant access to the land. The Appellate Division referred to the applicant’s right as a ‘servituted right’, found that he was in possession of the right and that he was despoiled.<sup>93</sup> The court refused to consider the rights of the parties originating from their contractual relationship.<sup>94</sup>

A similar case was *Van Wyk v Kleynhans*<sup>95</sup> where the applicant alleged that he had a right of way over the respondent’s farm. However, a dispute existed between them regarding the use of the road. The respondent then closed the gate. The Court relied on *Nienaber*, did not consider the merits of the case and awarded the *mandament van spolie* on the principle of *spoliatus ante omnia restituendus est*.<sup>96</sup>

As regards the right to water supply one can turn to *Sebastian and Others v Malelane Irrigation Board*<sup>97</sup> as a point of departure. The appellants were riparian owners to a river from which they were supplied with water by a canal. They did not want to participate in a new expensive pumping scheme, but wished to continue with the *status quo*. The Court found that they were in possession of the use of the water and that they

were despoiled when the Irrigation Board removed the pipes leading from the canal.<sup>98</sup> The Court did not consider the dispute between the parties and granted the *mandament van spolie* because the respondent 'took the law into its own hands.'<sup>99</sup>

The *locus classicus* in respect of the protection of quasi-possession in general, the case of *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi*,<sup>100</sup> referred to above,<sup>101</sup> also concerned water. For decades the respondent used water from fountains on the farm owned by the appellant. There was a dispute between the parties as to whether a servitude actually had existed. However, the appellant cut off the water supply without recourse to the legal process. In the judgement the Court laid down several important principles with regard to the protection of quasi-possession: Relying on *Nienaber* it referred to these rights as 'servituted rights'; in these cases it is the right that is possessed (not a corporeal thing); the existence of the alleged right need not be proved; and that quasi-possession lies in the actual use of the alleged right. It is submitted that the *Bon Quelle* judgement reflects the common law position correctly.

It is clear from the above cases that the *facta probanda* were possession (use or exercise) of the right and the occurrence of spoliation. But then things changed as the courts increasingly started to focus on the actual rights of the *spoliatus* and not the mere *use or exercise* of the alleged rights.

In *Zulu v Minister of Works, KwaZulu, and Others*<sup>102</sup> the applicant was a senior Zulu prince whose dwelling was some distance away from the royal compound. In terms of an arrangement with the provincial authorities he was permitted to draw surplus water for his own use, at no cost, from the pipeline that provided the royal compound with water. This carried on for about 20 years until the authorities terminated his water supply because the water consumption of the royal compound increased to such an extent that no more surplus water had remained. The applicant applied for a *mandament van spolie*, compelling the respondents to resume the supply of water to his house. The application was denied. There are many inconsistencies in the judgement, but one of the main problems is that the court considered the merits of the case and ruled that the applicant had no right to the water supply. Thirion J expressed himself as follows: 'According to the respondent the applicant does not have any right to be supplied with water by the KwaZulu Government nor do the respondents have authority or power to supply water to him...'<sup>103</sup> 'In my view therefore the KwaZulu Government exceeded its powers in supplying water free of charge to the applicant.'<sup>104</sup> The judgement was criticized by several authors,<sup>105</sup> except Sonnekus,<sup>106</sup> who is of the opinion that in the case of quasi-possession the existence of the right must be proved.<sup>107</sup>

In 2008, in the case of *Impala Water users Association v Lourens NO and Others*,<sup>108</sup> the Supreme Court of Appeal was seised with a case concerning water supply. The respondents were sugarcane farmers who were initially members of the Impala Irrigation Board under the Water Act 54 of 1956 and who automatically became members of the Impala Water Users Association under the National Water Act 36 of 1998. Under the 1956 Act they registered certain portions of land for irrigation. A dispute arose between the appellants and the respondents concerning the water charge raised by the appellants against its members for financing the construction of a dam. The appellants then terminated the water supply by

locking the sluices. The respondents applied for a *mandament van spolie* which was granted. The court *a quo* relied on *Bon Quelle* and followed the traditional approach. It found that the respondents had been in quasi-possession in that they exercised their rights without disturbance and that they were subsequently unlawfully deprived of it. On appeal, counsel for the appellants contended that respondents did not have servituted rights as in *Bon Quelle*, but that they were actually relying on personal rights originating from the contract between the appellant and each of the members concerned. This approach became very popular in spoliation cases since 2003 when the Supreme Court of Appeal refused an application for a *mandament van spolie* in the *Telkom*-case, discussed below,<sup>109</sup> because it found that the applicant was actually trying to apply the *mandament van spolie* to enforce specific performance of a personal (contractual) right. However, in *Impala* the Court distinguished the case from *Telkom* and ruled that the rights of the respondents were not merely personal rights, as they were registered rights in terms of the 1956 Act which were subsumed into rights under the 1998 Act. The use of water was accordingly an incident of possession of each farm.<sup>110</sup> The approach of the Court *a quo* is to be preferred. In the Supreme Court of Appeal too much emphasis was placed on the fact that the rights of the respondents were registered. What if they weren't? What if they were merely contractual? Surely one can obtain the right to use through a contract. The respondents were exercising their rights to use the water for many years. The applicants took the law into their own hands when they locked the sluices without settling the dispute regarding the water charge in court.

The difference to draw water, whether based on a professed servituted right or on a contract became crucial in the Supreme Court of Appeal in the case of *Firststrand Ltd t/a Merchant Bank and Another v Scholtz NO and Others*.<sup>111</sup> The respondents were farmers who drew water from the Blyde River Dam. As in *Impala*, above, under the 1956 Water Act they were members of the Irrigation Board and had their rights registered as servitudes. Under the 1998 Water Act they became members of the Blyde River Water Users Association. Initially the water was supplied by a canal system which became inefficient. The canal was replaced by a pipeline which was financed by the first appellant and managed by the second appellant the Blyde River Water Utility Co (Pty) Ltd. In January 2004 a contract was concluded between the respondents and the second appellant for water supply through the pipeline against payment. This contract expired on 31 December 2004. There was a disagreement between the parties regarding the fees for the following year 2005. On 31 December 2004 the second appellant cut off the water supply. On the next day the parties concluded an agreement for water supply pending an application by the respondents for a *mandament van spolie*. The Court *a quo* granted the application relying on *Impala*. It found that the rights were not merely contractual, that they were registered and therefore statutory in nature and therefore an incident of possession, thus quasi-possessory.<sup>112</sup> An appeal was lodged against the decision in which the Supreme Court of Appeal upheld the appeal. It drew a sharp distinction between the statutory rights and the contractual rights of the respondents. It considered the judgement in *Impala* as correct, but pointed out that in their affidavits in *Firststrand* the respondents did not rely on the exercise of their old registered statutory rights but on their 2004 and subsequent contractual rights, for which the *mandament* cannot be used for purposes of enforcement. The Court expressed itself as follows:<sup>113</sup>



The respondents' rights, whether they be described as statutory rights to water or rights to a water supply or as *quasi-possessio* of a water supply, may well be incidents of their possession or control of their properties. However, what the respondents were dispossessed of was not any of these rights but of an erstwhile contractual right that expired on 31 December 2004 against the appellants to convey their water entitlements. This right was and is no incident of the possession or control of their properties but a contractual right that came about long after the respondents became entitled to their statutory water rights. This conclusion is illustrated by the very contentions advanced by the respondents in their founding affidavit where they refer not only to the agreements entered into with the second appellant for the conveyance of water that expired on 31 December 2004 but also to water supply agreements they have concluded subsequently with the WUA and effective from 1 January 2005. The source of any rights the respondents may have had to the use of the pipeline is contract. They were deprived not of the *quasi-possessio* of their statutory water rights which they still have and may exercise in any manner they wish but of an expired contractual right for the conveyance of water through the pipeline.

It is regrettable that the respondents did not rely on their old rights, but that they applied for a *mandament van spolie* to enforce specific performance of a contractual right.

In *Impala* the Supreme Court of Appeal regarded rights of the water users as statutory rights and not as mere personal rights, and therefore their use was protected by the *mandament van spolie*. The *Impala* decision was confirmed in both the court *a quo* and the Supreme Court of Appeal in *Firststrand*.

In the most recent case, *City of Cape Town v Strumphor*<sup>114</sup> the Supreme Court of Appeal went a step further and elevated the statutory rights of water users to the constitutional level. The respondent in this case owned a caravan park for 37 years and had a contract with the city council for water supply. The city council then notified the respondent that he was in arrears of R182 000 for his water supply. The respondent's attorneys sent a letter to the council declaring a dispute. An employee of the council visited the property and found the water meter to be defective after which the council replaced the meter. The council then disconnected the water supply, without responding to the letter by respondent's attorneys. The respondent then applied for a *mandament van spolie*, maintaining that he was despoiled of his statutory rights in terms of the Water Services Act 108 of 1997. The council, amongst others, relied on the *Telkom* case<sup>115</sup> that the water was supplied in terms of a contract and that mere contractual rights cannot be enforced with the *mandament van spolie*. The *mandament* was, however, granted by the Magistrates' Court and confirmed by the full bench of the Cape High Court and the Supreme Court of Appeal. The Supreme Court of Appeal confirmed its decision in *Impala*.<sup>116</sup> It pointed out<sup>117</sup> that consumers living within a municipal area who wish to access water from a water service authority such as the City, have to conclude a water supply contract with that authority. Such a contract does not relegate the consumer's right to water to a mere personal right. The city or authority has a constitutional and statutory obligation to supply water to users such as the respondent. In terms of the Constitution<sup>118</sup> the right to water is a basic right which is given effect to by the provisions of the Water Services Act. This is a statutory right.<sup>119</sup> The Court thus distinguished the case under discussion from its decision in *Telkom*.<sup>120</sup>

Hence it seems that the current position with regard to the right to water supply is that where a user entered into a contract with a water supply authority in terms of applicable legislation, that right is a statutory and constitutional right and not a mere personal right, so that the decision in *Telkom* does not apply. The Supreme Court of Appeal was at pains to distinguish its judgments in *Impala* and *Strumpher* from its decision in *Telkom* (which it refers to as the *Xsinet*-case which was the matter in the court *a quo*).

But one can still ask whether the same result in *Impala* and *Strumpher* (*Firstrand* is an exceptional case because of the nature of the affidavits) could not have been achieved based on the principles relating to the possession of servitural rights laid down in *Bon Quelle* without investigating the rights of the parties which basically concerns the property-contract law divide.

### 3.2.3.2 Incidents of possession

Another form of quasi-possession, distinguishable from the quasi-possession of servitural rights, manifested itself later in South African law. These so-called “incidents of possession” cases primarily concern cases where premises are occupied, that are provided with services such as water, electricity and telecommunication services. In these cases a dispute usually arises between the parties which leads to the one party terminating these services by taking the law into his own hands. These cases are based on the principles of quasi-possession as applied in the servitural rights cases, but on the other hand some of the jargon and outcomes in these cases had a definite influence on the servitural judgements.

The cases of *Naidoo v Moodley*<sup>121</sup> and *Froman v Herbmore Timber & Hardware*<sup>122</sup> were quite similar regarding the facts. Both cases concerned contracts of lease. In the *Naidoo* case the lessee was entitled to electricity services and in the *Froman* case the lessee was entitled to electricity and water. In light of ensuing disputes the lessor terminated the services. In *Naidoo* Eloff J coined the phrase “incident of occupation” when he referred to the use of the electricity. He pointed out that the lessee occupied the premises not only by being physically present there, but by using its appurtenances, including the electricity.<sup>123</sup> In *Froman* the Court did not use the term “incident of occupation”, but merely stated that ‘there is no reason why an incorporeal right of this nature should not form the subject of spoliation proceedings’.<sup>124</sup> In both cases it was argued by the opposition that the demand to reinstate the services was actually a claim based on contract and that the *mandament van spolie*, therefore, was not the appropriate remedy.<sup>125</sup> In both cases the court rejected this argument and granted the *mandament*. In *Naidoo* it was especially the use of the right that was emphasised as later confirmed in *Bon-Quelle*,<sup>126</sup> which ruled that the possession of the professed right lies in the use of the right. Sonnekus<sup>127</sup> maintains that it is unnecessary to work with the notion of possession of a right in cases such as *Naidoo* and *Froman*, because the exercise of the right is so closely connected to the corporeal thing that the loss of the right actually amounts to an interference with the possession of the thing itself. This approach was rejected by the Appellate Division in *Bon-Quelle*,<sup>128</sup> which pointed out that this will not always be the case.

The case of *Du Randt en 'n Ander v Du Randt*<sup>129</sup> concerned telecommunication services. The parties were involved in divorce proceedings. The husband removed the

telephone from the communal dwelling. The court considered this as spoliation of quasi-possession and compared it to cases such as *Bon-Quelle*, *Naidoo* and *Froman*. It regarded the access to telecommunication services as a incident of occupation and ordered restoration by granting a *mandament van spolie*.<sup>130</sup>

*Xsinet (Pty) Ltd v Telkom SA LTD*<sup>131</sup> was quite a controversial case. The applicant (Xsinet) was an internet service provider. Telkom, who has an exclusive licence to provide public switched telecommunication services, supplied Xsinet with a bandwidth system, a telephone system and a connectivity service. Telkom alleged that Xsinet was indebted to it in a sum of money in respect of the connectivity service which Xsinet disputed. Telkom then disconnected the telephone and bandwidth systems. Xsinet maintained that Telkom disconnected the services without their consent and without seeking the resolution of the dispute between the parties by means of due legal process. It therefore sought restitution by applying for a *mandament van spolie*. Telkom maintained, amongst others, that in effect the applicant was seeking specific performance of a contractual obligation for which the *mandament* is not the appropriate remedy. The Court referred with approval to *Naidoo* where the argument that in substance it concerned a claim for specific performance of a contractual right under the guise of an application for a *mandament van spolie* was rejected.<sup>132</sup> The Court considered Telkom as a spoliator which interrupted the services supplied to the premises of which the applicant had occupation and control. The situation was analogous to the position in *Naidoo* and *Froman*. It stated that the bandwidth and telephone services constituted an incident of the applicant's possession and granted a *mandament*.<sup>133</sup>

In what can be considered as quite an unsatisfactory decision, the Supreme Court of Appeal overturned *Xsinet* in *Telkom SA Ltd v Xsinet (Pty) Ltd*.<sup>134</sup> In a very brief judgement the Court firstly ruled that although Xsinet used the services at its premises, it was not an incident of possession as the use of electricity and water may be incidents of occupation of residential premises.<sup>135</sup> Secondly it also did not consider Telkom to have interfered with Xsinet's possession of any of the mechanisms (modems and telephones) by which it was connected to the internet, because Telkom had not entered the premises in order to effect the disconnection.<sup>136</sup> Thirdly, it found that the order sought was essentially to compel specific performance of a contractual right, which has never been allowed under the *mandament van spolie*.<sup>137</sup> This decision created some confusion.

As regards the first point above, the Court does not explain why it is not an incident of possession such as the use of electricity and water. It conceded that *Xsinet* used the services as required in *Bon Quelle* to qualify as quasi-possession.<sup>138</sup> But it merely remarked that it would be artificial and illogical to conclude that Xsinet's use of the Telkom services established 'possession'.<sup>139</sup> But one fails to see how the use of electricity and, the use of services provided by Telkom differ. What influenced the Court's decision? Was it that we have been accustomed to the electricity and water services as quasi-possession for some time now in our case law concerning the *mandament van spolie* and that the internet services is a new and/or strange phenomenon? This approach of the Court is not easy to reconcile with its remark quoted above<sup>140</sup> that 'in the course of centuries of development, the law entered the world of metaphysics.' Or could it be that the case under discussion did not concern residential

premises, as pointed out by the Court?<sup>141</sup> Some authors have remarked that the protection of telephone and other communication services is now unsettled and unclear.<sup>142</sup> They also ask whether we should distinguish between essential services such as water and electricity supply and the supply of telecommunication services.<sup>143</sup> Are telecommunication services not essential in our modern society?

With regard to the second point above, that there was no dispossession because Telkom didn't enter the premises of Xsinet when it disconnected the services, Badenhorst, Pienaar and Mostert find the argument 'problematic'.<sup>144</sup> Surely it is. In *Naidoo*<sup>145</sup> and *Impala*<sup>146</sup> there was spoliation when electricity and water supply services were terminated without entering the premises.

With regard to the third point above, namely that what was actually sought by the respondents (Xsinet) was specific performance of a contractual right which is not allowed under the *mandament*, the following remarks can be made. In light of the *Telkom* judgement this argument subsequently became very popular. As was seen above, it was raised not only in the servituted cases of *Impala* and *Firstrand*,<sup>147</sup> but also in other subsequent cases.<sup>148</sup> Caution must, however, be applied here. It is trite law that one cannot claim specific performance of a contractual right with the *mandament van spolie*. However, one must appreciate the fact that one can obtain quasi-possession in terms of a contract and that such possession can be protected by the *mandament*. Hence, the *Telkom* decision does not imply that quasi-possession granted by contract can never be protected by the *mandament* and this is why, it is submitted, that the Supreme Court of Appeal struggled to distinguish or defend their decision in *Telkom* in cases such as *Impala* and *Firstrand* as discussed above.<sup>149</sup> In two recent cases, two important issues that featured in *Telkom* came to the fore: the fact that for quasi-possession to be protected by the *mandament van spolie* there needs to be a close link between the use of the right and the possession of a corporeal thing (usually the premises) and, secondly, that mere contractual rights cannot be enforced by the *mandament*.

The first case is *Microsure (Pty) Ltd and others v Net 1 Applied Technologies South Africa Ltd*.<sup>150</sup> The facts are briefly as follows: The government pays pension funds due to pension beneficiaries to the respondent. The applicants are merchants who enter into contracts with the respondent to utilise its computer system to facilitate access by beneficiaries to their funds. The respondent provides the appellants with a point-of-sale terminal, a biometric fingerprint scanner and a merchant card. The merchant card is important, because it gives the appellants access to respondents' computer system so as to give the beneficiaries access to their funds. For the card to work, the respondent must activate it. As usual, a dispute arose between the parties and the respondent de-activated the merchant cards. The appellants applied for a *mandament van spolie* to be reinstated in their rights (quasi-possession). Their application was dismissed on appeal. The Court found that there must be an element of possession and not merely possession of a card which only facilitates access to a computer server.<sup>151</sup> It compared the merchant card to a smartcard issued in respect of a digital satellite television decoder or a simcard in a cell phone.<sup>152</sup> Hence, it found that the appellants actually sought to achieve specific performance of a contractual obligation they were allegedly entitled to and facilitated by the merchant card.<sup>153</sup> The Court remarked

that the debate is really one for the law of contract, and not the law of property.<sup>154</sup> The Court also found that the facts of this case could not be distinguished from those in *Telkom*.<sup>155</sup> One can disagree with the latter finding. The decision in *Microsure* is correct, but on the facts it can be distinguished from *Telkom*. In *Telkom* there was much more of a real/physical connection between the use of the rights and the possession of a corporeal thing, the premises. Telkom also supplied Xsinet with modems, telephones and telephone lines. The merchant card in *Microsure* that granted it access to the computer system of the respondent did not provide a close enough link between the use of a right and a corporeal thing.

The second case is *Pinzon Traders 8 (Pty) Ltd v Clublink (Pty) Ltd and Another*.<sup>156</sup> The applicant, a supermarket, had a written lease with the respondent, the owner of a shopping complex. The lease provided for certain extensions and renovations to the supermarket, amongst others a loading bay for 8-ton trucks and access for the trucks from a certain street entrance. As other shop owners started complaining about the trucks, the respondent built walls at the entrance which made it too narrow for the trucks to gain entry any more. Applicant then successfully applied for a *mandament van spolie* to have the walls removed. The respondent argued that the use of and access to the loading bay were not incidents of possession, but originated in a separate contractual right which cannot be enforced by the *mandament*. It relied on *Shoprite Checkers*.<sup>157</sup> However, the Court distinguished *Shoprite Checkers* by ruling that the use of the loading bay and the street entrance were so closely connected to the possession of the supermarket that it formed part and parcel of that possession.<sup>158</sup>

Earlier in this contribution it was remarked that the jargon in the abovementioned cases concerning “incidents of possession” also impacted on the “servitugal” cases.<sup>159</sup> The term “incident of occupation/possession” was coined by Eloff J in the *Naidoo* case, but was used in subsequent cases such as *Impala* and the Court *a quo* in *Firststrand* where the Court argued that because the rights to draw water were registered in terms of the Act, they were incidents of possession.<sup>160</sup> In *Pinzon*<sup>161</sup> the Court also referred to the gate granting access to the land in *Nienaber v Stuckey*<sup>162</sup> as in incident of possession.

#### 4. Conclusion

The *mandament van spolie* protects not only the possession of corporeals, but also the possession of incorporeals in the form of rights that provide one with the entitlement to use a thing. These rights can either be real (servitugal) rights, or personal (contractual) rights. It straddles the age-old divide between property law and the law of obligations, in this case specifically the law of contract. When protecting possession, the separation between the possessory and petitory suits is important. During the possessory suit the rights of the parties are not under investigation and when protecting quasi-possession the law was clearly laid down by the Appellate Division in *Bon Quelle*. It is settled law that one cannot claim specific performance of a contractual right with the *mandament van spolie*. The *Telkom* case that overturned the *Xsinet* case, it is submitted, was wrongly decided. This (might have) created the impression that contractual rights of use are generally not protected by the *mandament*. This seems to have influenced the Court in *Impala* and *Strumpher* which concerned access to water

supply. Had the Court applied the law as proclaimed in *Bon Quelle* in these two cases, the outcome would have been the same. However, the right to access to water is now considered as a statutory and, more specifically, a constitutional right. The legal position concerning rights to electricity and telecommunication services seems to be unsettled.

<sup>1</sup> This contribution was presented at a conference on “The Consequences of Possession” hosted by the Centre for Private Law of the University of Edinburgh, 12-13 Oct 2012. The conference proceedings, edited by Eric Descheemaeker will be published by Edinburg University Press under the title *The Consequences of Possession* and is due to appear in 2014. I express my sincere gratitude to professors Johan (University of Pretoria) and Susan (University of South Africa) Scott for their support and advice with the preparation of this contribution.

\* Professor of Law, University of Pretoria, South Africa; Duard.Kleyn@up.ac.za

<sup>2</sup> Reinhard Zimmermann and Daniel Visser “South African law as a mixed legal system” in Reinhard Zimmermann and Daniel Visser (eds.) *Southern Cross-Civil Law and Common Law in South Africa* (1996) 1-30. The authors remark (at 2) that ‘[t]o some extent of course, all the major legal systems of the Western world are mixed... [n]evertheless, the terms “mixed legal system” or “mixed jurisdiction” are usually reserved for a number of legal systems at the intersection, so to speak of civil law and common law.’ See also Reinhard Zimmerman “Double Cross Comparing Scots and South African Law” in Reinhard Zimmerman, Daniel Visser and Kenneth Read (eds.) *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective – Property and Obligations in Scotland and South Africa* (2004) 1-4.

<sup>3</sup> See in general Zimmerman in *Mixed legal Systems* (n.1) 4-6, 12-16; Hahlo H.R. and Kahn E. *The South African Legal System and its Background* (1968) 139-325.

<sup>4</sup> The Constitution of the Republic of South Africa 1996, sec. 8(3)(a) and sec. 39(2).

<sup>5</sup> *Tjollo Ateljees (Eins) Bpk v Small* 1949 (1) SA 856 (A).

<sup>6</sup> Van Zyl D.H. *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 490-492; Eduard Fagan “Roman-Dutch Law in its South African Historical Context” in *Southern Cross* (n. 1) 33 *et seq.*

<sup>7</sup> Hahlo and Kahn *Legal System* (n. 2) 578-596; Zimmerman in *Mixed Legal Systems* (n. 1) 6.

<sup>8</sup> Ph.J. Thomas, C.G. van der Merwe and B.C. Stoop *Historical Foundations of South African Private Law* (2000) 133: ‘[I]t is simply not an exaggeration to state that Roman law of things constitutes the essence of the modern South African law of things’; Zimmerman in *Mixed Legal Systems* (n. 1) 6 with regard to South African law: ‘The law of property... have generally preserved their Roman-Dutch character.’ See also P.J. Badenhorst, Juanita M. Pienaar, Hanri Mostert *Silberberg and Schoeman’s The Law of Property* (2006) 6-7.

<sup>9</sup> Duard Kleyn “Possession” in *Southern Cross* (n. 1) 819-826, 835-844.

<sup>10</sup> See e.g. *Meyer v Glendinning* 1939 CPD 84; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049. See also Duard Kleyn “The Concept and the Protection of Possession” in Robert Feenstra and Reinhard Zimmermann (eds.) *Das römisch-holländische Recht-Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* (1992) 546 who points to the very same approach followed by the Roman-Dutch authors.

<sup>11</sup> Badenhorst, Pienaar and Mostert, *Property* (n. 7) 91-95, 273-275; Kleyn in *Southern Cross* (n. 8) 832-835; Kleyn in *Das römisch-holländische Recht* (n. 9) 549-554.

<sup>12</sup> See par. 2 and par. 3 below.

<sup>13</sup> Badenhorst, Pienaar and Mostert *Property* (n. 7) 273.

<sup>14</sup> *Firstrand Ltd t/a Rand Merchant Bank and Another v Scholtz NO and Others* 2008 (2) SA 503 at 510 par. 13.

<sup>15</sup> The *Firstrand* case above at 509 par. 12.

<sup>16</sup> 2003 (5) SA 314-315 par. 9.

<sup>17</sup> See par. 3 below.

<sup>18</sup> D 41.2.1. *pr.*

<sup>19</sup> D 41.2.12.1. See also D 41.2.17.1; D 41.2.52. *pr.*; D 43.17.1.2; D 44.2.14.3.

<sup>20</sup> Possession was often a requirement for the acquisition of ownership, for instance in the case of prescription, *traditio* and *occupatio*. It is also accepted that initially the two concepts were not distinguished from each other and that it was only later that ownership developed as a separate technical concept. See Westrup C.W. *Introduction to Early Roman Law (1934-1954)* 2 157; 3 233 *et seq.*; Max Kaser *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (1956) 6 *et seq.*

<sup>21</sup> See in this regard G 4.143-155. The purpose of the *interdictum quorum bonorum* and the *interdictum Salvianum* as discussed in G 4.144-147 were not to protect possession but to obtain possession by someone who has never had possession of the specific thing before. See also Max Kaser *Das römische Privatrecht I* (1971) 396-400.

<sup>22</sup> *Inst* 4.15.6; Max Kaser *Das römische Privatrecht II* (1975) 257-258.

<sup>23</sup> D 4.2.13.

<sup>24</sup> 'isque sibi ius in eam rem dixisse.'

<sup>25</sup> D 41.2.35; D 43.17.1.3; C 8.1.3.

<sup>26</sup> See in general D.G. Kleyn *Die Mandament van Spolie in die Suid-Afrikaanse Reg* (unpublished doctoral thesis) (1986) 128-279; James Gordley and Ugo Mattei "Protecting Possession" 1996 *The American Journal of Comparative Law* 293 *et seq.*

<sup>27</sup> T.W. Price *The Possessory Remedies in Roman-Dutch Law* (1947) 10 *et seq.*; Kleyn in *Das römisch-holländische Recht* (n. 9) 557-559.

<sup>28</sup> The *condictio ex canone redintegranda* has its roots in the *exceptio solii* which was created by the unknown author of the *Decretales Pseudo-Isidorianae*, a ninth century source on Canon law. This source is one of the many medieval falsifications (*piae fraudes*): See R.C. Mortimer *Western Canon Law* (1953) 34 *et seq.* The *exceptio* provided a bishop who was unlawfully deprived of his seat (spoliated), a defence that allowed him to refuse to answer to any criminal charges against him until he has been reinstated in possession. The texts in the *Pseudo Isidoriana* dealing with the *exceptio spoli* are generally regarded as falsifications: C.G. Bruns *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (1848) 137 *et seq.*; F.C. von Savigny *Das Recht des Besitzes* (1967 edition) 510 *et seq.* When Gratianus compiled the *Concordia discordantium canonum* (also known as the *Decretum Gratiani*) in the twelfth century, he incorporated the *exceptio spoli*. However, what is peculiar is the fact that he did not deal with the topic in one section (*causa*) as can be expected but in two different sections (*causae*), namely C(*ausa*) 2 q(*uestio*) 2 and C 3 q 1. This led the glossators of the *Decretum* to distinguish between the two *causae*. For them C 2 q 2 concerns restoration of possession by means of the *exceptio* and C 3 q 1 deals with restoration of possession by means of an action. This action became known as the *condictio ex canone redintegranda*. See Bruns *Das Recht des Besitzes* above 168, and in general F. Ruffini *L'Actio Spolii* (1889).

<sup>29</sup> It was received into French customary law and was discussed in the *Coutume de Beauvaisis*, compiled by Philippe de Beaumanoir in the thirteenth century: See Bruns *Das Recht des Besitzes* (n. 27) 362; P. Viollet *Histoire du Droit Civil Francais* (1966 reprint) 631. See further J. Cujacius *Opera Omnia* (1758) *Commentaria ad X* 2 13, 2-4; R.J. Pothier *Countumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orleans* in *Oevres Complètes* vol. 17 (1844) 3.22.40.

<sup>30</sup> A. Leyser *Meditationes ad Pandectas*, vol 7, (1778) *sp* 504.9; S. Stryk *Dissertationum Juridicarum Francofurtensium (Opera Omnia)* (1837-1842) 10.2.3. no. 51; Bruns *Das Recht des Besitzes* (n. 27) 390 *et seq.*; E. Meischer *Besitz und Besitzschutz* (1876) 168. Although Savigny *Das Recht des Besitzes* (n. 27) 513 rejected the *condictio*, the Pandectists did not follow suit and acknowledged the *actio spoli* as a remedy for the restitution of spoliated possession in practice: H. Dernburg *Pandecten* (1894) 1 par. 189.

<sup>31</sup> See e.g. the following Roman-Dutch authorities: J. Voet *Commentarius ad Pandectas* (1757) 43.17.7; P. Merula *Manier van Procederen in de Provintien van Hollandt, Zeelandt en West-Vrieslandt, belangende Civile Zaken* (1750) 4.37.2.8. W. van Alphen *Papegae ofte Formulier-Boeck* (1682-1683) 1.14.

- <sup>32</sup> Kaser *Privatrecht* I (n. 20) 140-141; H.F. Jolowicz and B. Nicholas *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1972) 412-414; J.A.C. Thomas *Textbook of Roman Law* (1976) 126; W.W. Buchland *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (1963) 196.
- <sup>33</sup> G 1.8.
- <sup>34</sup> G 2.12-14.
- <sup>35</sup> *Inst* 1.2.12; *Inst* 2.2. pr-2.
- <sup>36</sup> G 4.139; *Inst* 4.14. pr.
- <sup>37</sup> G 2.12-14; *Inst* 2.2. pr-2.
- <sup>38</sup> *Textbook* (n. 31) 126.
- <sup>39</sup> D 43.17.4.
- <sup>40</sup> D 43.16.3. 13-14; D 43.16.3. 16-17. See also the view of Paul in D 43.16.9.1. See in general Kaser *Privatrecht* I (n. 20) 390; Kaser *Privatrecht* II (n. 21) 256; Duard Kleyn "Dogmatiese probleme rakende die rol van die onstofflike sake in die sakereg" 1993 *De Jure* 6-7; Rian Cloete "Die historiese onderskeid tussen stofflike en onstofflike sake in die Suid-Afrikaanse sakereg: 'n Sinopsis" 2005 *De Jure* 295-304; Thomas *Textbook* (n. 31) 125-127.
- <sup>41</sup> X 2.13.8; X 2.13.13-14; Roffredus Beneventanus *Libelli iuris Canonici pars sexta* in *Corpus Glossatorum Juris Civilis* (1968) photographic reprint.
- <sup>42</sup> *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (2<sup>nd</sup> ed. by Dovring, Fischer, Meijers 1965) 2.1.9.
- <sup>43</sup> *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Jurisprudentiam Hollandicam* (with translation by Van Warmelo, Coertze, Gonin, Pait, 1981-1975) 2.1.9-10.
- <sup>44</sup> *Commentarius* (n. 30) 1.8.11.
- <sup>45</sup> *Censura Forensis Theoretico-Practica, id est Totius Juris Civilis Romani, Usque Recepti, et Practici Methodica Collaio* (1741) 2.1.3.
- <sup>46</sup> *Hedendaegse Rechtsgeleertheit, Soo elders, als in Frieslandt gebruikelyk* (1742) 2.1.2-3.
- <sup>47</sup> P. Stockmans *Decisionum Curiae Brabantiae in Opera Omnia* (1686) 143 no 1; I van den Berg *Nederlands Advys-Boek*, part 4 (1698) 4.118; M.A. van Lamszweerde *Consultatien Advysen ende Advertissimenten van Rechten* vol. 1 (1776) 1.6.
- <sup>48</sup> *Curatoren van Pioneer Lodge NO 1 v Champion en Anderen* 1879 OFS 51; *De Villiers v Holloway* (1902) 12 CTR 566; *Bester v Grundling* 1917 TPD 492. See Kleyn in *Southern Cross* (n. 8) 836.
- <sup>49</sup> H.R. Hahlo and E. Kahn *The Union of South Africa - The Development of its Laws and Constitution* (1960) 576-577.
- <sup>50</sup> 1915 TPD 28 at 30-31.
- <sup>51</sup> See *Donges NO v Dadoo* 1950 (2) SA 321 (A) at 332: 'The remedy invoked was one which the Roman-Dutch Law provides and which is governed by Roman-Dutch principles. It would be futile to suggest that, since the prerogative is involved, those principles have been modified by rules of British constitutional law...' Also *Ntai and Others v Vereeniging Town Council and Another* 1953 (4) SA 579 (A) at 592H. 'During argument we were referred to certain English authorities, but they cannot assist us, since English law differs radically from our own on this subject.'
- <sup>52</sup> A.J. van der Walt and G.J. Pienaar *Introduction to the Law of Property* (2009) 196 *et sec.*; Francois du Bois *et al. Wille's Principles of South African Law* (2007) 453; Badenhorst, Pienaar and Mostert, *Property*, (n. 7) 308-312.
- <sup>53</sup> Badenhorst, Pienaar and Mostert, *Property* (n. 7) 287-288; Hanri Mostert *et al. The Principles of The Law of Property in South Africa* (2010) 83-86.
- <sup>54</sup> Badenhorst, Pienaar and Mostert *Property* (n. 7) 288.
- <sup>55</sup> Case discussion of *Naidoo v Moodley* 1982 (4) SA 82 (T) in 1983 *THRHR* 237 at 238-239; "Nog eens *Naidoo v Moodley* – 'n repliek" 1984 *THRHR* 429 AT 430, 435.



- <sup>56</sup> William Burge *Commentaries on the Civil Law and the Law of Holland* (1887) 136; Sir Andries Ferdinand Stockenstroem Maasdorp *The Institutes of Cape Law: Book II, The Law of Things* (1903) 14 *et seq*; Manfred Nathan *The common Law of South Africa*, vol I, *Persons and Property* (1913) 377; R.W. Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* (1915) 148.
- <sup>57</sup> *Grondslae van die Persoonlikheidsreg* (LLD thesis) (1950) esp. 119-121; “Die realiteit van die subjektiewe reg en die betekenis daarvan vir die privaatreë” 1958 *THRHR* 12-15, 98-115.
- <sup>58</sup> *Sakereg* 1<sup>st</sup> ed. (1979) 17-21, 2<sup>nd</sup> ed. (1989) 20-21, 24-25. See also C.G. van der Merwe “Things” in Joubert (ed.) *The Law of South Africa* vol 27 (2002) 160 par. 242.
- <sup>59</sup> *Sakereg Vonnisbundel* (1980) 54; “Mandament van spolie – kragtige remedie by kragonderbreking?” 1985 *TSAR* 331at 333-334; J.C. Sonnekus and J.L. Neels *Sakereg Vonnisbundel* (1994) 23-24.
- <sup>60</sup> Cloete 2005 *De Jure* (n. 39) 312-314; Badenhorst, Pienaar and Mostert, *Property* (n. 7) 13; George L. Gretton “Owning Rights and Things” 1997 *Stellenbosch Law Review* 176.
- <sup>61</sup> Badenhorst, Pienaar and Mostert, *Property* (n. 7) 14-19.
- <sup>62</sup> Badenhorst, Pienaar and Mostert, *Property* (n. 7) 15-16; Kleyn 1993 *De Jure* (n. 39) 5.
- <sup>63</sup> Susan Scott “Vorderingsreëte as onliggaamlike sake – waarom nie?” 2010 *THRHR* 629 at 636.
- <sup>64</sup> Frans Malan “Oor inligting, rekenaarmisbruik en die strafreg” 1989 *De Jure* 211 at 211-212.
- <sup>65</sup> *First National Bank of SA Ltd t/a Wesbank v Commissioner for the South African Revenue Service; First National Bank of SA Ltd t/a Wesbank v Minister of Finance* 2002 (7) BCLR 702 (C); 2002 (4) SA 768 (C) par. 51; *Zondi v MEC for Traditional and Local Government Affairs* 2004 (5) BCLR 547 (N) at 536D-E; 2005 (3) SA 25 (N) at 34E; A.J. van der Walt *Constitutional Property Law* (2011) 111 *et seq*.
- <sup>66</sup> *Pretorius v Pretorius* 1927 TPD 178 at 180-181; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 at 1055-1056; *Shapiro v South African Savings and Credit Bank* 1949 (4) SA 985 (W) at 991; *Sebastian v Malelane Irrigation Board* 1950 (2) SA 690 (T) at 694; *Painter v Strauss* 1951 (3) SA 307 (O) at 318F-H; *Stanhope Motors & Machinery Sales v Pretoria Light Aircraft Co (Pty) Ltd* (1951) 2 PH F79 (T); *Roobokoord Sitrus (Edms) Bpk v Louw’s Creek Sitrus Koöperatiewe Maatskappy Bpk* 1964 (3) SA 601 (T) at 604D-E; *Deljon v Bloemkop Properties (Pty) Ltd* (1972) 2 PH A58 (C); *Adamson v Boshoff* 1975 (3) SA 221 (C) at 230A-B; *Beukes v Crous* 1975 (4) SA 215 (NC) at 218G; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 (1) SA 230 (E) at 233E; *Bank van die Oranje-Vrystaat v Rossouw* 1984 (2) SA 644 (C) at 648D; *Ntshwaqela v Chairman, Western Cape Regional Services Council* 1988 (3) SA 218 (C) at 221E; *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi* 1989 (1) SA 508 (A); *Xsinet (Pty) Ltd v Telkom SA Ltd* 2002 (3) SA 629 (C).
- <sup>67</sup> Par. 1 above.
- <sup>68</sup> 1946 AD 1049 at 1055.
- <sup>69</sup> See the following case law: *Stanhope Motors & Machinery Sales v Pretoria Light Aircraft Co (Pty) Ltd* (1951) 2 PH F79 (T); *Slabbert v Theodoulou and Another* 1952 (2) SA 667 (T); *Plaatjie and Another v Olivier NO and Others* 1993 (2) SA 156 (OPD) at 159J-160A; *Shoprite Chevkens Ltd v Pangbourne Properties Ltd* 1994 (1) SA 616 (WLD) at 623D; *Firststrand Ltd t/a Rand Merchant Bank and Another v Scholtz NO and Others* 2008 (2) SA 503 (SCA) at 510 B-D; *ATM Solutions (Pty) Ltd v Olkra Handelaars CC and Another* 2009 (4) SA 337 (SCA) par. 9-10; *Pinzon Traders 8 (Pty) Ltd v Clublink (Pty) Ltd and Another* 2010 (1) SA 506 (ECG) par. 5. See also A.J. van der Walt and P. J. Sutherland “Dispossession of Incorporeals or Rights – Is the Mandament van Spolie the Appropriate Remedy?” 2003 *South African Mercantile Law Journal* 95 *et seq*.
- <sup>70</sup> Par. 1.
- <sup>71</sup> 1994 (1) SA 616 (WLD).
- <sup>72</sup> At 622 B. See also *Plaatjie and Others v Olivier NO and Others* 1993 (2) SA 156 (OPD) at 159 E-F; *Microsure (Pty) Ltd and Others v Net 1 Applied Technologies South Africa Ltd* 2010 (2) SA 59 (NPD) par. 36. See also A.J. van der Walt “Die mandament van spolie en quasi-besit” 1989 *THRHR* 444 at 451.

- <sup>73</sup> 1948 (1) SA 748 (C) at 753. This has also been endorsed by the Appellate Division in *Yeko v Qana* 1973 (4) SA 735 (A) at 739E.
- <sup>74</sup> 1989 (1) SA 508 (A) at 514-515.
- <sup>75</sup> See also Van der Walt 1989 *THRHR* (n. 71) at 448.
- <sup>76</sup> *Pretorius v Pretorius* 1927 TPD 178; *Jansen v Maden* 1968 (1) SA 81 GW; *Beukes v Crous* 1975 (4) SA 215 NC.
- <sup>77</sup> For the position in canon law see glos '*et ab eo cognita*' ad X 2.13.8: '[N]ec est simile hoc possessorium aliis possessoris de recuperanda possession: quia ibi non est necesse probare de iure... Hic non sufficit sola possessio: quia possessio hic haberi non potest sine iure.' See also *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi* 1989 (1) SA 508 (A) at 513.
- <sup>78</sup> *Shoprite Chevkens Ltd v Pangbourne Properties Ltd* 1994 (1) SA 616 (WLD) at 620D. See also *Xsinet (Pty) Ltd v Telkom SA* 2002 (3) SA 629 (CPD) at 637 E-G.
- <sup>79</sup> *De Beer v Zimbali Estate Management Association (Pty) Ltd and Another* 2007 (3) SA 254 (N) par. 44.
- <sup>80</sup> J.C. Sonnekus "Mandament van spolie en ongeregistreerde serwitute vir water" 2006 *TSAR* 392 at 400-402.
- <sup>81</sup> Par. 3.2.1.
- <sup>82</sup> See Kleyn in *Southern Cross* (n. 8) 831.
- <sup>83</sup> Sonnekus *Sakereg Vonnisbundel* (n. 58) 54; Sonnekus and Neels *Sakereg Vonnisbundel* (n. 58) 168 *et seq.*; Sonnekus 1985 *TSAR* (n. 58) 333 *et seq.*; "Besit van serwituuatbevoeghede, mandament van spolie en logika" 1989 *TSAR* 429 at 430 *et seq.*
- <sup>84</sup> Van der Walt 1984 *THRHR* (n. 54) at 430, 435; 1989 *THRHR* (n. 71) 446 *et seq.*; Van der Walt and Pienaar *Introduction* (n. 51) 202.
- <sup>85</sup> 1992 (1) SA 181 at 187G.
- <sup>86</sup> 2010 (2) SA 59 par. 33.
- <sup>87</sup> Par. 1. 2.1 and 3.2.2.
- <sup>88</sup> See *Mans v Marais* 1932 CPD at 355 where the court remarked 'There was, in my opinion an illicit deprivation by Mans of Marais' right of possession'; *Petersen v Petersen* (1974) 1 PH B5 (R). See also *Pinzon Traders 8 (Pty) Ltd v Clublink (Pty) Ltd and Another* 2010 (1) SA 506 (ECG) par. 5 'The mandament applies where a right to possess property is disputed and the possession of the property is disturbed without process of law.' See Van der Walt 1989 *THRHR* (n. 71) 446-448.
- <sup>89</sup> Sonnekus and Neels *Sakereg Vonnisbundel* (n. 58) 169.
- <sup>90</sup> Par. 3.2.2 above; Van der Walt 1989 *THRHR* (n. 71) 448.
- <sup>91</sup> See par. 2.2 above.
- <sup>92</sup> 1946 AD 1049.
- <sup>93</sup> At 1056.
- <sup>94</sup> At 1053.
- <sup>95</sup> 1969 (1) SA 221 (GW).
- <sup>96</sup> At 223-224. See also with regard to the right of way *Buffelsfontein Gold Mining Co Ltd en 'n ander v Bekker en Andere* 1961 (3) SA 381 (T); *Jansen v Madden* 1968 (1) SA 81 (GW).
- <sup>97</sup> 1950 (2) SA 690 (T).
- <sup>98</sup> At 693.
- <sup>99</sup> At 694. See also *Painter v Strauss* 1951 (3) SA 307 (O).
- <sup>100</sup> 1989 (1) SA 508 (A).
- <sup>101</sup> Par. 3.2.2.
- <sup>102</sup> 1992 (1) SA 181 (D).

- <sup>103</sup> At 184 B.
- <sup>104</sup> At 185 E.
- <sup>105</sup> Van der Walt and Pienaar *Introduction* (n. 51) 204-205; De Bois *et al. Wille's Principles* (n. 51) 458; Badenhorst, Pienaar and Mostert *Property* (n. 7) 297-298.
- <sup>106</sup> 2006 TSAR (n. 79) at 400-401.
- <sup>107</sup> See par. 3.2.2 above.
- <sup>108</sup> 2008 (2) SA 495 (SCA).
- <sup>109</sup> Par. 3.2.3.2 below.
- <sup>110</sup> Par. 18 and 19.
- <sup>111</sup> 2008 (2) SA 503 (SCA).
- <sup>112</sup> At 508-509.
- <sup>113</sup> At 112.
- <sup>114</sup> 2012 (4) SA 207 (SCA).
- <sup>115</sup> See par. 3.2.3.2 below.
- <sup>116</sup> Par. 10-11 of the judgement in n. 113 above.
- <sup>117</sup> Par. 9 of the judgement in n. 113 above.
- <sup>118</sup> The Constitution of South Africa 1996 sec. 27 (1) (b).
- <sup>119</sup> Par. 11 of the judgement in n. 113 above.
- <sup>120</sup> Par. 10 of the judgement in n. 113 above.
- <sup>121</sup> 1982 (4) SA 82 (T).
- <sup>122</sup> 1984 (3) SA 609 (W).
- <sup>123</sup> At 84 A-B.
- <sup>124</sup> A 610 H.
- <sup>125</sup> *Naidoo* at 84A; *Froman* at 610H.
- <sup>126</sup> See par. 3.2.4 above.
- <sup>127</sup> *Sakereg Vonnisbundel* (n. 58) 54; Sonnekus and Neels *Sakereg Vonnisbundel* (n. 58) 168.
- <sup>128</sup> 1989 (1) SA 508 (A) at 516 D-E.
- <sup>129</sup> 1995 (1) SA 401 (O).
- <sup>130</sup> At 405 B-E.
- <sup>131</sup> 2002 (3) SA 629 (C).
- <sup>132</sup> At 638 B-C.
- <sup>133</sup> At 639.
- <sup>134</sup> 2003 (5) SA 309 (SCA).
- <sup>135</sup> At 314 C.
- <sup>136</sup> At 314 E.
- <sup>137</sup> At 314 G.
- <sup>138</sup> At 315 D-G.
- <sup>139</sup> At 314 F.
- <sup>140</sup> See par. 1 above.
- <sup>141</sup> At 314 C.
- <sup>142</sup> Van der Walt and Pienaar *Introduction* (n. 51) 205; Du Bois *et al.; Wille's Principles* (n. 51) 459.
- <sup>143</sup> Du Bois *et al. Wille's Principles* 459.
- <sup>144</sup> *Property* (n. 7) 300.
- <sup>145</sup> 1982 (4) SA 82 (T) at 83H.
- <sup>146</sup> 2008 (2) SA 495 (SCA) at 499 I-J.

<sup>147</sup> Par. 3.2.4 above.

<sup>148</sup> *ATM Solutions (Pty) Ltd v Olkru Handelaars* 2008 (2) SA 345 (C) at 349 G; *Microsure (Pty) Ltd and Others v Net 1 Applied Technologies South Africa Ltd* 2010 (2) SA 59 (N) at 67 E; *Pinzon Traders 8 (Pty) Ltd v Clublink (Pty) Ltd and Another* 2010 (1) SA 506 (ECG) at par. 7; *City of Cape Town v Stumpher* 2012 (4) SA 207 (SCA) par. 1.

<sup>149</sup> Par. 3.2.4 above.

<sup>150</sup> 2010 (2) SA 59 (N).

<sup>151</sup> At 69 A.

<sup>152</sup> At 66 F-G.

<sup>153</sup> At 67 E.

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> At 67 D.

<sup>156</sup> 2010 (1) SA 506 (ECG).

<sup>157</sup> Discussed in par. 3.2.2 above.

<sup>158</sup> At par. 6.

<sup>159</sup> Par. 3.2.3.2 above.

<sup>160</sup> Discussed in par. 3.2.3.1 above.

<sup>161</sup> 2010 (1) SA 506 (ECG) par. 7.

<sup>162</sup> Discussed in par. 3.2.3.1 above.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **EXCEPȚIA DE ORDINE PUBLICĂ INTERNAȚIONALĂ ÎN DREPTUL INTERNAȚIONAL PRIVAT ȘI REZERVA SUCCESORALĂ<sup>1</sup>**

**Alina OPREA\***

**Résumé :** *L'exception d'ordre public en droit international privé et la réserve successorale. La réserve successorale est une question incluse habituellement dans le domaine d'application de la lex successio nis ; vu le caractère bilatéral des règles de conflit en matière successorale et la diversité des normes substantielles existant en droit comparé, il est possible que les notaires ou les juges soient amenés à appliquer une loi étrangère qui n'offre pas aux héritiers une protection adéquate, similaire à celle du droit roumain. Ayant pour mission la protection des principes et des valeurs fondamentales du for, le mécanisme de l'ordre public international introduit des considérations substantielles dans le raisonnement conflictuel ; le problème de son applicabilité face à une loi étrangère qui ne consacre pas la réserve ou l'admet dans des limites plus réduites que celles retrouvées en droit roumain soulève toutefois des discussions.*

**Mots clés :** *réserve successorale ; droit international privé ; ordre public*

**Cuvinte cheie :** *rezervă succesorală ; drept internațional privat ; ordine publică*

1. Ca în orice alt domeniu, și în materie succesorală regulile de conflict instituite direct sau indirect de legiuitorul român sunt ori au fost inspirate în principiu de considerente ce țin de justiția de drept internațional privat sau conflictuală<sup>2</sup> : diversele concepții legislative reținute la un moment dat cu privire la o anumită problemă de drept substanțial nu își regăsesc neapărat o reflecție automată în regulile de drept internațional privat.

2. Dacă aplicarea normelor imperative din dreptul succesoral intern este condiționată, în esență, de desemnarea legii române ca *lex successio nis* de către regulile de conflict competente, nu este totuși exclus ca mecanisme particulare, precum excepția de ordine publică internațională, să poată juca în favoarea lor. Clauză de excepție generală însoțind toate regulile de conflict<sup>3</sup> și urmărind protecția unor principii și valori considerate fundamentale pentru statul forului și pentru societatea sa în fața unor legi străine ce rețin soluții totalmente inacceptabile, aceasta permite, prin efectul său pozitiv sau de substituție, reîntoarcerea către *lex fori* în cazuri particulare.

3. Contextul reformării atât a dispozițiilor din dreptul intern privitoare la rezerva succesorală<sup>4</sup> - „partea din bunurile moștenirii la care moștenitorii rezervatari au dreptul în virtutea legii, chiar împotriva voinței defunctului, manifestată prin liberalități ori dezmoșteniri (art. 1086 NCC)”, cât și a dispozițiilor române și europene de drept internațional privat în

materie succesorală<sup>5</sup> aduce în discuție problema tratamentului aplicat în plan internațional instituției rezervei succesorale. Incontestabil de ordine publică în dreptul intern<sup>6</sup> și traducând o anumită concepție cu privire la familie și la valorile care o reprezintă – egalitate și solidaritate între membri -, reglementările specifice acestora ar putea oare să fie considerate ca reflectând și un principiu de ordine publică internațională ? Aceasta este întrebarea care face obiectul prezentului studiu, iar în încercarea de a-i găsi un răspuns vom trece mai întâi în revistă, în cele ce urmează, principalele texte care au permis sau permit folosirea acestui din urmă mecanism excepțional în sfera dreptului internațional privat; după delimitarea clară a regimului său juridic specific, ne vom opri asupra regulilor referitoare la rezervă și a intereselor care le inspiră, pentru a aprecia în ce măsură este pertinent sau justificat ca excepția de ordine publică internațională să fie utilizată ca mecanism de protecție a lor.

## I. Excepția de ordine publică internațională – regim juridic

Prezentarea cronologică a textelor privitoare la excepția de ordine publică internațională este de natură a ilustra evoluția în timp a acestei instituții și a scoate în evidență principalele sale particularități, ce influențează neîndoind analiza specifică a tratamentului internațional al reglementărilor privitoare la rezervă.

### A. Ordinea publică internațională în vechiul Cod civil (1864)

4. Codul civil de la 1864 nu conținea vreo dispoziție care să privească utilizarea tehnicii excepției de ordine publică internațională în cadrul raporturilor de drept privat cu elemente de extraneitate. Soluția poate fi ușor explicată în măsura în care textul articolului 2 din acest cod conținea o singură regulă de conflict veritabil bilaterală - în materia formei actelor (alineatul 3) -, susceptibilă să conducă la aplicarea unei legi străine. În schimb, alineatele 1 și 2 ale aceluiași articol cuprindeau două reguli de conflict unilaterale care priveau exclusiv competența legii române<sup>7</sup>; acestea au fost considerate aplicabile inclusiv în materia succesiunilor internaționale<sup>8</sup>. Dată fiind opțiunea metodologică a legiuitorului pentru unilateralism (dedusă clar din formularea reținută), mecanismul excepției de ordine publică internațională, destinat a asigura protecția în fața aplicării unei legi străine inacceptabile, era fără obiect.

Destul de repede, regulile de la articolul 2 C. civ. au fost însă bilateralizate în doctrină, iar jurisprudența s-a conformat și ea: pentru imobile, competența aparținea *lex rei sitae*, iar pentru capacitate, legii naționale a persoanei<sup>9</sup>; corelativ, în materie succesorală, succesiunile imobiliare au fost considerate guvernate de *lex rei sitae*, iar cele mobiliare au fost supuse legii naționale a defunctului (în virtutea adagiului *mobilia sequuntur personam*)<sup>10</sup>.

5. Odată cu această bilateralizare a apărut și tehnica excepției de ordine publică internațională<sup>11</sup>. Conform doctrinei celei mai avizate de la începutul secolului al XX-lea, aceasta trebuia să protejeze doar „dispoziții pe care legiuitorul le consideră esențiale existenței și conservării societății așa cum el o concepe din punct de vedere social, politic, moral, religios sau economic și a căror încălcare ar pune în primejdie întreaga organizare a statului și a societății”<sup>12</sup>. Definiția, extrem de apropiată de aceea reținută astăzi pentru legile de aplicație

imediată (legile de poliție)<sup>13</sup>, accentuează un element important : merită să fie protejate prin ordinea publică internațională în special legile edictate într-un interes public, general. Jurisprudența pertinentă privitoare la rezerva succesorală lipsește, dar în lumina acestei definiții, nu pare justificat ca reglementările în materie, inspirate de obiectivul garantării drepturilor unei categorii particulare de persoane - moștenitorii rezervatari -, să fie protejate prin intermediul excepției de ordine publică internațională<sup>14</sup>.

## B. Excepția de ordine publică internațională în Legea nr. 105/1992

6. În 1992 a fost adoptată Legea nr. 105/1992 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat<sup>15</sup>. Două dintre dispozițiile acesteia interesează problema tratamentului internațional al reglementărilor autohtone în materie de rezervă – articolul 8 al. 1 (excepția de ordine publică) și articolul 68 (autonomia voinței în materia succesiunilor internaționale).

7. Articolul 8 al. 1 din Legea 105/1992 dispunea succint și cu titlu general că „*aplicarea legii străine se înlătură: a) dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român*”. Datorită reglementării sumare, sarcina de a detalia condițiile de aplicare, respectiv cazurile de intervenție a ordinii publice a revenit jurisprudenței și doctrinei. Două elemente teoretice merită scoase în evidență: pe de o parte, textul se pretează la o interpretare restrictivă și la o aplicare cu totul moderată, iar pe de alta el impune de fiecare dată o apreciere *in concreto* a situației; în consecință, era considerată posibilă atât aplicarea unei legi străine în esență șocantă dacă rezultatele sale erau relativ apropiate celor la care ar fi condus intervenția legii române, dar și înlăturarea unei legi care în abstract nu era contrară ordinii publice de drept internațional privat, dar care, datorită circumstanțelor, conducea la rezultate inacceptabile... Utile pentru înțelegerea modului de operare în general a acestui mecanism, aceste precizări sunt indirect relevante și din perspectiva tratamentului internațional al reglementărilor privitoare la rezervă: în măsura în care *lex successionis* în mod normal competentă asigură o protecție suficientă a intereselor în prezență (ce poate fi și inferioară celei oferite de legea română, dacă nu este cu totul șocantă sau absolut inacceptabilă), înlăturarea sa în detrimentul dreptului forului nu este justificată.

8. Regula de conflict subiectivă în materie succesorală – articolul 68 din Legea 105/1992 –, ce conferea testatorului o oarecare libertate în alegerea legii aplicabile succesiunii sale, era în schimb inspirată direct de obiectivul protecției normelor imperative din dreptul românesc (în special cele referitoare la drepturile moștenitorilor rezervatari) în plan internațional: „*Testatorul poate supune transmiterea prin moștenire a bunurilor sale altei legi decât cea arătată în articolul 66 (succesiunea imobiliară – lex rei sitae, succesiunea mobiliară - legea națională a defunctului), fără a avea dreptul să înlătore dispozițiile ei imperative*”.

Dispoziția a făcut obiectul unor interpretări contradictorii în doctrină. Fondându-se pe caracterul bilateral al regulilor de conflict de la articolul 66 din Legea 105/1992, profesorul D.Al. Sitaru consideră că articolul 68 legitimează intervenția unei excepții de ordine publică internațională dublă (de protecție atât a dreptului român, cât și a celui străin): „*dispozițiile de ordine publică ale oricăruia dintre sistemele de drept aplicabile succesiunii (român sau străin) trebuie respectate*”<sup>16</sup>. Dimpotrivă, profesorul D.A. Popescu, a cărui opinie o împărtășim,

consideră că prin această dispoziție legiuitorul nu face altceva decât să limiteze puternic posibilitatea testatorului de a decide cu privire la legea aplicabilă succesiunii lui internaționale<sup>17</sup>; de fapt, acesta nu consacră o veritabilă *professio juris* în materie, o veritabilă autonomie conflictuală precum în materia contractelor sau a regimurilor matrimoniale, particularizată în general prin aplicabilitatea normelor imperative din legea aleasă și prin descalificarea corelativă a normelor imperative din celelalte sisteme de drept cu care speța prezintă legături, inclusiv a celor prevăzute în legea obiectiv aplicabilă<sup>18</sup>, și singura care ar permite o discuție cu privire la eventuala intervenție a excepției de ordine publică împotriva legii alese. Dimpotrivă, rezervând indistinct aplicarea tuturor dispozițiilor imperative din *lex successionis* determinată pe baza criteriilor obiective, legiuitorul român nu depășește planul autonomiei substanțiale; el acordă testatorului o libertate identică celei care îi este oricum conferită de *lex successionis*. În aceste condiții, dispozițiile imperative avute în vedere de articolul 68 nu pot să fie decât dispozițiile de ordine publică internă cuprinse în legea obiectiv competentă.

9. Într-un cadru mai general, preocuparea legiuitorului pentru limitarea libertății testatorului în materie poate părea exagerată<sup>19</sup>, în condițiile în care oricum nu am putut identifica în jurisprudența autohtonă vreo decizie care să illustreze o eventuală aplicare a textului analizat. Chiar și în dreptul comparat, cazurile în care testatorul s-a folosit de libertatea de alegere oferită de regula de conflict pentru a-și exhereda moștenitorii rezervatari sunt extrem de rare și, de regulă, necenzurate de către instanțe. În acest sens, ar putea fi menționată o decizie elvețiană privitoare la succesiunea unui cetățean englez<sup>20</sup>: în ciuda legăturilor strânse ale cazului cu Elveția (domiciliul testatorului stabilit de 20 ani în Țara cantoanelor, cetățenia elvețiană și domiciliul moștenitoarei exheredate în Elveția), Tribunalul Suprem nu a considerat oportun să utilizeze excepția de ordine publică internațională împotriva legii engleze alese de testator ca *lex successionis*, deși aceasta nu rezerva în mod obligatoriu o anumită cotă din succesiune pentru o categorie aparte de moștenitori.

### C. Excepția de ordine publică internațională în Noul Cod civil

10. Reglementând excepția de ordine publică internațională, articolul 2564 al. 1 NCC reia astăzi prevederea generală regăsită în fostul articol 8 din Legea 105/1992<sup>21</sup>, dar alineatul 2 al textului aduce o serie de precizări utile în înțelegerea acestei tehnici. Deși în mod tradițional este acceptat că ordinea publică internațională nu are un conținut predeterminat, reflectând principii și valori esențiale la un anumit moment pentru o societate dată, Noul Cod civil precizează expres că „aplicarea legii străine încalcă ordinea publică de drept internațional privat român în măsura în care ar conduce la un rezultat incompatibil cu principiile fundamentale ale dreptului român ori ale dreptului Uniunii Europene și cu drepturile fundamentale ale omului” (articolul 2564 al. 2 NCC).

Textul este susceptibil să intervină, bineînțeles, și în materie succesorală, dar importanța precizărilor nou aduse (în special din perspectiva care ne interesează aici – rezerva) trebuie relativizată.

11. Mai întâi, se menționează expres că în România ordinea publică de DIP este încălcată dacă aplicarea legii străine conduce la rezultate incompatibile cu principii fundamentale ale dreptului românesc ... Jurisprudența autohtonă este extrem de săracă în exemple. Trecerea în



revistă a doctrinei permite menționarea, cu valoare indicativă, printre principiile fundamentale avute în vedere, *recunoașterea personalității juridice a fiecărui individ, indisponibilitatea corpului uman, egalitatea civilă, libertatea matrimonială, recunoașterea dreptului de proprietate și a dreptului de a transmite bunuri prin succesiune, forța obligatorie a angajamentelor liber consimțite, interesul superior al copilului...* Dacă regulile referitoare la rezervă sunt incontestabil de ordine publică internă, plasarea lor în cadrul principiilor fundamentale ale dreptului românesc nu totuși este evidentă, iar din formularea art. 2564 NCC rezultă cu claritate că ordinea publică de drept internațional privat trebuie delimitată de ordinea publică de drept intern, contururile acesteia din urmă fiind mult mai largi. Simplul motiv că o dispoziție este de ordine publică internă nu justifică înlăturarea legilor străine care consacră o soluție contrară; ordinea publică internă cenzurează libertatea și voința individuală, în timp ce ordinea publică internațională cenzurează jocul unei reguli de drept (regula de conflict) și aplicarea unei legi străine<sup>22</sup>. Contextul internațional presupune o deschidere și o toleranță mult mai mare, și de aceea excepția analizată ar trebui să fie utilizată doar pentru salvagardarea unui nucleu de principii și valori fundamentale.

12. În ceea ce privește includerea în cadrul valorilor protejate prin intermediul ordinii publice internaționale a principiilor fundamentale ale dreptului Uniunii europene, discutăm în același timp de un element de modernism, dar și de noutate în raport cu legislația românească anterioară. Din perspectiva rezervei, mențiunea nu are totuși nicio relevanță, deoarece domeniul dreptului material al succesiunilor, inspirat de tradiții și concepții particulare, este unul dintre acelea rezervate fiecărui legiuitor național. De altfel, în această perspectivă, articolul 2564 al. 2 NCC ar putea să ridice în general dificultăți, în special datorită faptului că la nivel de conflicte de legi este mai dificil să fie atribuit un conținut pozitiv acestei „ordinii publice de sursă europeană”, ce ar completa ordinea publică a statelor membre<sup>23</sup>; ordinea juridică a Uniunii nu este în niciun caz una completă, domenii importante - precum acela al dreptului material al persoanelor, al familiei sau succesiunilor – rămânând, așa cum am arătat, în afara competenței legislative a autorităților europene.

13. Mai utilă pare a fi menționarea specială a drepturilor fundamentale ale omului în cadrul valorilor ce îmbogățesc conținutul excepției de ordine publică internațională<sup>24</sup>. Printre acestea, figurează în special dreptul la egalitate/interzicerea discriminării (protejat prin articolul 16 din Constituție, dar și prin articolul 14 din CEDO, articolele 8 și 10 TFUE sau articolul 21 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene), cu o potențialitate particulară în materie succesorală. Astfel, o lege străină ce stabilește drepturi succesoriale diferite pentru moștenitorii de sex feminin și cei de sex masculin ar putea fi considerată contrară ordinii publice internaționale<sup>25</sup>. De asemenea, o lege străină ce exclude copiii nelegitimi sau adoptivi de la succesiune<sup>26</sup> sau care le acordă drepturi inferioare acelor recunoscute copiilor din căsătorie<sup>27</sup> ar trebui și ea să poată fi înlăturată în baza aceluiași mecanism. În fine, poate părea contrară ordinii publice internaționale o lege străină ce conferă primului născut drepturi mult mai consistente în raport cu ceilalți copii sau care introduce discriminări pe baza de religie între moștenitori<sup>28</sup>.

#### **D. Ordinea publică internațională în Regulamentul (UE) n° 650/2012**

14. Intrat în vigoare în anul 2012, dar aplicabil de la 17 august 2015, Regulamentul european 650/2012 aduce o nouă reglementare în statele membre ale Uniunii, atât în ceea ce privește competența instanțelor cât și, în special, în ceea ce privește legea aplicabilă succesiunilor.

În cadrul său, regulile generale de conflict de legi sunt însoțite de tehnica obișnuită a excepției de ordine publică internațională: aceasta figurează în cuprinsul articolului 35, text care, reluând formularea clasic întâlnită în regulamentele europene de DIP, permite înlăturarea legii în mod normal competente „atunci când aplicarea acesteia este vădit incompatibilă cu ordinea publică a forului”.

15. Legiutorul european nu aduce vreo precizare în legătură cu valorile protejate prin intermediul acestui mecanism, dar în interpretarea și aplicarea sa trebuie avute în vedere o serie de elemente deduse din economia de ansamblu a regulamentului, respectiv pe baza analogiei cu celelalte instrumente europene din domeniul dreptului internațional privat.

16. Mai întâi, ca și mecanism de protecție a valorilor fundamentale ale forului, ordinea publică internațională poate interveni doar împotriva unei legi străine (competente). În condițiile în care legiutorul european face eforturi deosebite pentru a asigura coincidența între competența jurisdicțională și competența legislativă, cazurile în care această tehnică va avea efectiv ocazia să fie pusă în practică vor fi extrem de reduse ca număr în viitor<sup>29</sup>.

17. Apoi, este în general acceptat că în absența unei definiții europene, ordinea publică internațională variază de la țară la țară, cu consecința că există, cel puțin în principiu, o marjă semnificativă de apreciere/de libertate pentru judecătorii din statele membre. Această libertate nu este totuși una absolut discreționară. Ca argument, avem în vedere mai întâi poziția Curții de justiție în interpretarea dispozițiilor privitoare la această excepție cuprinse în alte regulamente de DIP. Înalta instanță europeană a precizat cu claritate că chiar dacă nu ei îi revine misiunea principală de a defini conținutul ordinii publice, ea este totuși „abilitată să controleze limitele în cadrul cărora o instanță a unui stat membru poate face apel la această noțiune pentru a refuza recunoașterea unei hotărâri provenind din alt stat membru”<sup>30</sup>; mai mult, Curtea nu a ezitat deloc să dea indicații concrete, obligatorii pentru statele membre, cu privire la valorile ce merită a fi protejate prin intermediul excepției de ordine publică într-un context european<sup>31</sup>. De asemenea, considerentul 58 din preambulul Regulamentului 650/2012 aduce și el clarificări specifice domeniului (succesoral) analizat; chiar dacă forța juridică a acestuia nu este similară celei a normelor propriu-zise din corpul regulamentului, este imposibil să îi fie refuzată orice autoritate<sup>32</sup>. Conform acestui text, declanșarea excepției de ordine publică internațională ar trebui să fie determinată de „considerații de interes public”, ceea ce se traduce, în opinia noastră, printr-o prudență particulară în privința dispozițiilor aferente rezervei (care urmăresc în principal protecția unor interese private)<sup>33</sup>.

18. În fine, ordinea publică internațională la care face referire articolul 35 din Regulament nu se confundă cu ordinea publică internă; textul se pretează la o interpretare restrictivă, după cum rezultă, pe de o parte, din caracterul de normă de excepție pe care acesta îl prezintă în raport cu celelalte dispoziții din capitolul II din Regulament (privitor la legea aplicabilă) și, pe de alta, din prezența adverbului „manifest”/„vădit”, ce ar trebui să caracterizeze incompatibilitatea dintre legea străină și valorile fundamentale ale forului. De altfel, memorandumul explicativ al Comisiei europene și considerentul 58 din Preambul, menționat mai sus, vorbesc de utilizarea excepției de ordine publică internațională „în cazuri excepționale”. Explicația pentru această poziție este simplă : pe de o parte, într-un context al încrederii reciproce în standardele legislative din celelalte state membre și al partajării unor valori și

principii comune (context cum este acela al Uniunii europene), această tehnică este firesc a fi înțeleasă drept una extrem de perturbatoare; pe de alta, o interpretare largă și o aplicare frecventă a textului aferent ar compromite obiectivul unificator urmărit prin Regulament.

## II. Rezerva succesorală în DIP

19. Dacă considerentele generale privitoare la excepția de ordine publică internațională prezentate mai sus sunt utile analizei specifice a tratamentului internațional al reglementărilor autohtone în materie de rezervă succesorală, aceasta nu poate fi totuși definitivată fără o examinare atentă a argumentelor care susțin în concret imperativitatea internă și eventual internațională a textelor în discuție.

20. Punctul de plecare este reprezentat de faptul că interzicerea exheredării totale a moștenitorilor rezervatari este un principiu al dreptului succesoral român, formulat printr-o dispoziție al cărei caracter de ordine publică internă este incontestabil. Această interdicție era dedusă în Codul civil de la 1864 prin interpretarea articolelor 841 și 843 C. civ., în categoria moștenitorilor rezervatari fiind atunci incluși descendenții și ascendenții privilegiați; tratamentul rezervat soțului/soției defunctului a fost inițial unul derizoriu (haine de doliu, alimente, plus eventual o cotă pentru văduva săracă), dar situația s-a schimbat în 1944, moment în care soția defunctului a fost inclusă cu drepturi consistente în această categorie a moștenitorilor rezervatari. În prezent, rezerva este reglementată în articolele 1086 și urm. NCC: categoria moștenitorilor rezervatari include soțul supraviețuitor, descendenții și ascendenții privilegiați ai defunctului, iar partea rezervată fiecăruia este de „*jumătate din cota succesorală care, în absența liberalităților sau dezmoștenirilor, i s-ar fi cuvenit ca moștenitor legal*”.

21. Textele în discuție au la bază argumente precum acela al necesității de a garanta un minim de egalitate între moștenitori, de a susține afecțiunea și solidaritatea familială (ca mijloc de protecție a moștenitorilor) sau dorința de a păstra averea în familie. Deși acestea ar putea fi invocate pentru a susține că regulile specifice de protecție a rezervei materializează un principiu fundamental al dreptului românesc<sup>34</sup>, credem că temperamentele, derogările sau excepțiile care le-au însoțit în timp sau care le însoțesc încă fac ca forța lor să scadă semnificativ într-un context internațional.

22. Astfel, dacă nu se poate nega că rolul dispozițiilor privitoare la rezervă este acela de a asigura un minim de egalitate între moștenitori, nu este mai puțin adevărat că în realitate această egalitate este protejată cu adevărat doar odată cu interzicerea (mai mult sau mai puțin generalizată) a discriminărilor; situația copilului natural/nelegitim în dreptul românesc este revelatoare : chiar dacă Codul civil de la 1864 prevedea rezerva în favoarea descendenților, acesta era de fapt exclus de la moștenirea tatălui datorită unei norme discriminatorii; situația nu s-a schimbat decât în 1956, odată cu intrarea în vigoare a Codului familiei<sup>35</sup>, ce consacra în articolul 63 principiul egalității în fața legii a copilului din căsătorie și celui născut în afara căsătoriei<sup>36</sup>. În plan internațional, așa cum am arătat mai sus, egalitatea între membrii aceleiași familii poate să fie asigurată fără probleme în fața unei *lex successionis* care ar consacra diverse discriminări (în funcție de sex, de ordinea nașterii, de religie sau de calitatea filiației..), odată cu invocarea drepturilor fundamentale ale omului, componentă legitimă și incontestabilă a ordinii publice de drept internațional privat.

23. Dacă argumentul dorinței de păstrare a averii în familie, ce susține de asemenea instituția rezervei, este unul important, el este însoțit de corective puternice astăzi. Astfel, rezerva limitează doar dreptul testatorului de a dispune cu titlu gratuit de bunurile sale; în schimb, acesta este liber să înstrăineze bunurile cu titlu oneros. Chiar și limitarea dreptului de a dispune cu titlu gratuit nu este deplină: testatorul este liber să definească conținutul cotității disponibile și al rezervei, este liber să compună partea rezervată fiecărui moștenitor<sup>37</sup>. De asemenea, dacă rezerva este încălcată, reducățiunea nu operează automat sau din oficiu (art. 1094 NCC), moștenitorul putând renunța (după deschiderea succesiunii) să o invoce (art. 1092 NCC); în cazul pluralității rezervatarilor, reducățiunea operează numai în limita cotei de rezervă convenite celui care a cerut-o și profită numai acestuia (art. 1094 al. 3 NCC). Toate acestea scot în evidență un recul al imperativității, la dispoziția moștenitorilor.

24. În fine, cel de-al treilea argument ce susține caracterul esențial al reglementărilor privitoare la rezervă vizează rolul acestei instituții în susținerea solidarității familiale. Departe de a-l minimiza, nu putem totuși ignora că fundamentul acestei solidarități s-a diluat în timp: durata medie a vieții umane a crescut constant, femeile realizează frecvent o activitate profesională, astfel că rezervarii (copiii, soția) nu se mai regăsesc neapărat, în momentul decesului testatorului, într-o situație de nevoie acută care să justifice în absolut rezerva<sup>38</sup>. De altfel, cuantumul concret al acesteia este mai redus în prezent decât în vechea reglementare.

25. Pe de altă parte, într-un plan mai general, faptul că reglementările referitoare la rezervă nu sunt de ordine publică internațională nu atrage neapărat privarea de protecție a rezervatarilor. În fapt, chiar dacă *lex successionis* ar permite exheredarea totală a moștenitorilor, nu este exclus ca ea să prevadă totuși alte mecanisme având o misiune apropiată. Două dintre acestea pot fi revelate: fie o concepție largă cu privire la vicile de consimțământ/la captație, ce permite o eventuală anulare mai facilă a testamentului, fie atribuirea unei părți din succesiune/a unei prestații cu caracter alimentar aceluia din rudele defunctului apropiate acestuia și aflate în grija sa<sup>39</sup>. Nimic nu se opune ca judecătorii români să facă aplicarea acestei legi străine cu toate dispozițiile ei, cu atât mai mult cu cât articolul 2563 NCC (Interpretarea și aplicarea legii străine) prevede că „*legea străină se interpretează și se aplică potrivit regulilor de interpretare și aplicare existente în sistemul de drept căruia îi aparține*”. Utilizarea unuia dintre aceste mecanisme ar permite ca soluția în final consacrată prin aplicarea legii succesoriale în mod normal competentă să nu difere substanțial de aceea pe care ar fi impus-o dreptul românesc, cenzura prin intermediul ordinii publice pierzându-și astfel legitimitatea<sup>40</sup>. În orice caz, această aplicare a legii străine dictată de o apreciere *in concreto* ar perturba previzibilitatea soluțiilor și securitatea juridică mult mai puțin decât înlăturarea sa directă în numele excepției de ordine publică internațională.

26. Ținând cont de toleranța pe care o presupune în general dreptul internațional privat în fața normelor străine, de faptul că elementul de legătură utilizat de regula de conflict este prezumat a desemna legea cu care succesiunea prezintă legăturile cele mai strânse și care are cele mai multe titluri a fi aplicată, dar și de interpretarea restrictivă pe care o presupun textele privitoare la excepția de ordine publică, ilustrată mai sus, credem că această erodare în timp a fundamentelor instituției rezervei ar justifica suficient imposibilitatea utilizării mecanismului ordinii publice în beneficiul său în situațiile cu elemente de extraneitate.

Argumente complementare de drept comparat și de drept internațional privat (european) susțin, de asemenea, această concepție restrictivă.

27. Astfel, în principiu, în statele europene dispozițiile privitoare la rezervă nu sunt considerate ca făcând parte dintre acelea protejate prin intermediul excepției de ordine publică internațională<sup>41</sup>; printre excepții ar putea fi menționate Austria, stat cu privire la care nu a putut fi identificată însă nicio hotărâre judecătorească relevantă, sau Franța, unde soluția este încă discutată de o minoritate de autori<sup>42</sup>.

28. În propunerea de regulament european din anul 2009<sup>43</sup> exista, de altfel, un articol 27 al. 2 prin care se limitau cazurile în care putea fi invocată ordinea publică internațională în acest gen de situații: „*în particular, aplicarea unei legi determinată de regulament nu va putea fi considerată contrară ordinii publice a forului pentru singurul motiv că dispozițiile sale referitoare la rezervă diferă de cele în vigoare în statul forului*”. Textul menționat a fost suprimat din versiunea finală a Regulamentului 650/2012, dar acesta nu este un motiv pentru a susține, dimpotrivă, libertatea statelor membre de a face să prevaleze, în mod nestingherit, dispozițiile lor în materie de rezervă în detrimentul lui *lex successionis*. În *Comentariile* privind Propunerea de regulament, Institutul Max Planck considera limitarea de la articolul 27 al. 2 ca fiind una judicioasă („*adecvată și acceptabilă în majoritatea situațiilor*”)<sup>44</sup>. Argumentul invocat - acela al necesității prevenirii unui recurs excesiv la ordinea publică internațională, care să desconsidere regulile de conflict instituite și să ruineze obiectivul eliminării fenomenului de *forum shopping*, respectiv al asigurării uniformității de soluții, urmărite de legiuitorul european - nu și-a pierdut în niciun caz actualitatea și relevanța.

29. În fine, o eventuală reînnoțire a dreptului protector al forului nu este exclusă pe baza altor tehnici de DIP. Argumentele de mai sus nu prejudiciază cu nimic utilizarea mecanismului fraudei la lege (2564 al. 1 NCC), atunci când se constată o modificare a elementului de legătură reținut de regula de conflict în scopul exclusiv de a evita aplicarea legii în mod normal competente. De asemenea, în acele cazuri în care testatorul înțelege să își organizeze succesiunea prin intermediul unui *trust*, guvernat de o lege străină<sup>45</sup>, afectând astfel drepturile rezervatarilor prevăzute de legea succesorală română (competentă în baza regulilor obișnuite de conflict), calificarea adecvată și delimitarea precisă a domeniilor de aplicare a celor două legi în prezență ar permite protecția corespunzătoare a acestora : asimilat unei liberalități, trustul ar trebui să fie supus raportului, în conformitate cu dispozițiile imperative ale *lex successionis*<sup>46</sup>.

30. **Concluzie.** În ciuda misiunii sale generale de protecție a ordinii juridice a forului în fața unor legi străine inacceptabile, ordinea publică internațională, mecanism selectiv și caracterizat printr-o aplicare restrictivă, acordă uneori prevalență, în detrimentul unor valori autohtone „de rang secund”, obiectivelor generale ale dreptului internațional privat : promovarea uniformității de soluții în plan internațional, evitarea fenomenului de *forum shopping* și protecția alterității într-o cât mai mare măsură. Acesta este, în opinia noastră, și cazul reglementărilor privitoare la rezervă, a căror imperativitate internă poate fi susținută prin argumente serioase, dar care sunt insuficiente pentru a asigura și aplicarea lor în plan internațional, în fața unei *lex successionis* mai puțin favorabile, prin intermediul mecanismului analizat.

- <sup>1</sup> Prezentul studiu este finanțat din grantul de cercetare PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, nr. 174/2011, coordonator conf. univ. dr. Mircea Dan Bob ; alinaxoprea@yahoo.fr. El reprezintă versiunea detaliată a unei prezentări pe aceeași temă, susținută în cadrul celei de-a XXI-a sesiuni științifice a Departamentul de Cercetări Socio-Umane din cadrul Institutului de Istorie „George Barițiu” (Academia Română - Filiala Cluj-Napoca), Cluj-Napoca, 16-17 noiembrie 2012.
- \* Lector dr., UBB Cluj-Napoca; alinaxoprea@yahoo.fr.
- <sup>2</sup> Atunci când instituie o regulă de conflict de legi, legiuitorul urmărește în principal reținerea unui element de legătură care să conducă la ordinea juridică cea mai adecvată să guverneze raportul de drept cu elemente de extraneitate ; obiectul normelor de conflict este acela de a promova și de a asigura armonia internațională de soluții și continuitatea situațiilor juridice în plan internațional și mai puțin acela de a conduce la soluția cea mai potrivită sau mai satisfăcătoare din punct de vedere material - v. G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, CH Beck, 1960, p. 80.
- <sup>3</sup> B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2008, p. 263, n° 308.
- <sup>4</sup> V. art. 1086 și urm. NCC.
- <sup>5</sup> V. art. 2633 și urm NCC, precum și Regulamentul (UE) nr. 650/2012 al Parlamentului European și al Consiliului, din 4 iulie 2012, *privind competența, legea aplicabilă, recunoașterea și executarea hotărârilor judecătorești și acceptarea și executarea actelor autentice în materie de succesiuni și privind crearea unui certificat european de moștenitor*, JOUE, 27 iulie 2012, L. 201/107.
- <sup>6</sup> D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Rosetti, 2003, p. 305, n° 397.
- <sup>7</sup> Astfel, pe de o parte, se prevedea că imobilele din România vor fi guvernate de legea română, chiar dacă aparțin unor străini; pe de alta, legea (română) referitoare la starea civilă și capacitate trebuia aplicată românilor chiar atunci când aceștia se aflau în străinătate.
- <sup>8</sup> V. D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și principalele legislațiuni străine*, ed. a 3-a, tom. 1, partea 1, București, 1926, p. 175 și urm., sp. p. 181 și urm.
- <sup>9</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 185 și jurisprudența citată la nota 3 subsol (Trib. Ilfov, 1889), p. 205 și jurisprudența citată la nota 1 subsol – bilateralizarea regulii de la art. 2-2 din vechiul Cod civil. V. și I.P. Filipescu, M. Jacotă, *Drept internațional privat*, Ed. Didactică și Pedagogică, 1968, p. 236-237; D.A. Popescu, „Some remarks on the applicable law to international successions in Romania”, *Swiss Yearbook of PIL*, vol. 9 (2007), p. 277-311, sp. p. 288 și urm.
- <sup>10</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 180-181, p. 187.
- <sup>11</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 206.
- <sup>12</sup> *Idem*, nota 2 subsol.
- <sup>13</sup> Pentru o prezentare a acestei tehnici în dreptul internațional privat contractual de sursă europeană, v. studiul nostru : „Legile de poliție în Regulamentul european Roma I privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale”, *RRDP*, 3/2010, p. 96-120.
- <sup>14</sup> V. I.P. Filipescu, M. Jakotă, *op. cit.*, p. 243, ce prevede că excepția de ordine publică internațională poate fi utilizată pentru a refuza aplicarea unei legi succesoriale străine ce înlătură de la succesiune copiii nelegitimi, adulterini sau incestuoși sau care instituie discriminări bazate pe rasă sau religie. În același loc, autorii precizează, de asemenea, că „*legea succesorală* [adică legea desemnată de regula de conflict competentă, completarea noastră] se aplică în ceea ce privește partea care se cuvine fiecărui moștenitor, rezerva succesorală, cotitatea disponibilă” (p. 242).
- <sup>15</sup> M.Of. nr. 245 din 1.10.1992.
- <sup>16</sup> D.Al. Sitaru, *Drept internațional privat. Tratat*, Vol. 1, Ed. Holding Reporter, București, 1996, p. 101-102.
- <sup>17</sup> V. D.A. Popescu, „Some remarks...”, *op. cit.*, sp. p. 304 și urm.

- <sup>18</sup> Pentru o analiză a autonomiei de voință în materia contractelor internaționale, v. studiul nostru „*Observații privind principiul autonomiei voinței în dreptul internațional privat al contractelor*”, RRDP, 5/2012, p.120-143.
- <sup>19</sup> Pentru o critică mai amplă, v. D.A. Popescu, „Some remarks...”, *op. cit.*, sp. p. 305, ce consideră dispoziția în cauză ca fiind „senseless and illogical” (fără sens și illogică).
- <sup>20</sup> TF, 17 august 1976, *Hirsch c. Cohen*, ATF, 102, II, p. 136 și urm., citat de A. Davi, „L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne”, in *Les successions internationales dans l'UE - Perspective pour une harmonisation*, Würzburg, 2004, p. 387, sp. p. 389-390, studiu disponibil la adresa [http://www.dnoti.de/eu\\_studie/12\\_Davi.pdf](http://www.dnoti.de/eu_studie/12_Davi.pdf).
- <sup>21</sup> Art. 2564 al.1 NCC. Înlăturarea aplicării legii străine : „*Aplicarea legii străine se înlătură dacă încalcă ordinea publică de drept internațional privat român sau dacă legea străină respectivă a devenit incompetentă prin fraudarea legii române. În cazul înlăturării aplicării legii străine, se aplică legea română*”.
- <sup>22</sup> V. D.Al. Sitaru, *op. cit.*, p. 97.
- <sup>23</sup> V. studiul nostru: „Convenția Europeană a Drepturilor Omului și aplicarea normelor străine în dreptul internațional privat”, *Revista română de drept internațional privat și de drept privat comparat*, nr. 1/2006, 341-374.
- <sup>24</sup> Chiar dacă protecția acestor drepturi este deja un principiu înscris în Constituția României și deci un principiu fundamental al dreptului românesc, precizarea nu ni se pare totuși neapărat superfluă, în contextul discuțiilor legate de cea mai adecvată metodă pentru realizarea protecției drepturilor omului în dreptul internațional privat – excepția de ordine publică internațională sau legile de poliție/de aplicație imediată (V. Y. Lequette, „Le droit international privé et les droits fondamentaux”, în *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 2004, p. 97 și urm.; P. Hammje, „Droits fondamentaux et ordre public”, *RCDIP*, 1997, p. 1 și urm. ; A. Oprea, „Convenția Europeană...”, *op. cit.*), legiuitorul român făcându-și în acest fel cunoscută poziția.
- <sup>25</sup> Astfel, dreptul islamic, ce acordă moștenitorului de sex masculin o parte dublă celei ce revine moștenitorului de sex feminin (v. M. Razi, *Islamic Inheritance Law, General Rules & Shares*, Toronto, 2008, disponibil la adresa [http://learndeen.com/docs/research/InheritanceLaw\\_0\\_4.pdf](http://learndeen.com/docs/research/InheritanceLaw_0_4.pdf), sp. p. 42 și urm. ) ar putea fi vizat de această dispoziție.
- <sup>26</sup> Din nou dreptul islamic este în cauză : v. M. Razi, *op. cit.*, p. 42, p. 44. În Indonezia, *Legea căsătoriei* (1974) refuza să recunoască vreo legătură juridică între copilul nelegitim și tată, cu consecința negării oricăror drepturi succesoriale pentru acesta; în februarie 2012, Curtea constituțională indoneziană a invalidat textul în cauză – v. S Butt, „Asia-Pacific Illegitimate Children and Inheritance in Indonesia”, *Alternative Law Journal*, vol. 37, n° 3, p. 196-198, 2012, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).
- <sup>27</sup> În prezent, se pare că o astfel de diferență discriminatorie este consacrată în dreptul statului Filipine (art. 895 C. civ) ce prevede că partea cuvenită copilului nelegitim este jumătate din partea acordată copilului legitim. De asemenea, în anul 2000, CEDO a condamnat Franța pentru o astfel de reglementare – v. CEDO, 1 februarie 2000, *Mazurek c. Franța*. A se vedea și CEDO, 7 februarie 2013, *Fabris c. Franța*, af. n°16574/08 : deși după cauza *Mazurek*, Franța și-a modificat legislația ce discrimina între copiii adulterini și cei legitimi, dispozițiile tranzitorii ale noii legi permiteau menținerea unor discriminări nejustificate în privința succesiunilor deschise înainte de decembrie 2001, ceea ce a atras această nouă condamnare.
- <sup>28</sup> De exemplu, în dreptul islamic se prevede că un ne-musulman nu poate să moștenească de la un musulman (cf. M. Razi, *op. cit.*, sp. p. 22). Pentru un exemplu din jurisprudență, a se vedea Civ. 1<sup>re</sup>, 21 noiembrie 2012, în care Casația franceză a afirmat că nu este conformă CEDO condiționarea calității de legatar de conversia religioasă a persoanei în cauză.
- <sup>29</sup> În esență, articolul 4 din Regulament stabilește competența instanțelor din statul de la ultima reședință obișnuită a defunctului; corelativ, articolul 21 dispune că legea aplicabilă succesiunii în ansamblul său este cea a statului în care defunctul își avea reședința obișnuită în momentul decesului. Alineatul 2 al articolului 21

include o clauză de excepție ce permite instanțelor să renunțe la legea de la ultima reședință obișnuită, dar utilizarea acesteia ar trebui să fie extrem de rară în practică. Eventuala disociere ar permite instanțelor aplicarea altei legi decât *lex fori* și ar crea deci cadrul pentru o posibilă manifestare a excepției de ordine publică (în concret totuși, pare însă puțin plauzibil ca instanța să înlăture pe baza clauzei de excepție competența *lex fori* - legea de la ultima reședință obișnuită -, pentru a se reîntoarce la aceasta pe baza mecanismului ordinii publice). Apoi, conform articolului 22 din Regulament, defunctul poate alege legea aplicabilă succesiunii sale (legea națională), ceea ce poate genera o nouă disociere; totuși, legiuitorul european a prevăzut și posibilitatea încheierii unui acord de alegere a instanței competente sau a punerii în practică a unui mecanism de *forum non conveniens* (articolele 5, 6, 7), de natură să faciliteze din nou coincidența între legea aplicabilă și instanța competentă. În fine, excepțional, articolul 10 instituie o competență subsidiară pentru instanțele din statul membru în care există bunuri succesoriale, atunci când defunctul nu își are reședința obișnuită în Uniunea europeană; de asemenea, articolul 11 consacră un *forum necessitatis* în favoarea instanțelor dintr-un stat membru cu care litigiul are legături (altele decât prin reședința obișnuită a defunctului, situarea bunurilor), atunci când „*procedurile nu pot fi în mod rezonabil inițiate sau nu se pot desfășura în mod rezonabil sau ar fi imposibile într-un stat terț cu care cauza are o legătură strânsă*”. În aceste ultime două cazuri, legea aplicabilă succesiunii va fi determinată în conformitate cu articolele 21 și 22 din Regulament; disocierea dintre competența jurisdicțională și aceea legislativă este din nou susceptibilă să apară, iar odată cu ea se creează și condițiile pentru eventuală aplicare a mecanismului analizat.

<sup>30</sup> CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, C-38/98, pct. 28.

<sup>31</sup> Astfel, în cauza *Renault c. Maxicar*, citată supra, Curtea nu a admis ca o eroare de drept purtând asupra interpretării și aplicării dreptului Uniunii europene să poată declanșa acest mecanism. De asemenea, într-o manieră pozitivă, în cauza *Krombach*, ea a decis că excepția de ordine publică poate fi utilizată numai atunci când hotărârea pronunțată în alt stat membru „*ar aduce atingere în mod inacceptabil ordinii juridice a statului solicitat cu recunoașterea... Atingerea ar trebui să constituie o încălcare manifestă a unei reguli de drept considerată esențială în ordinea juridică a statului solicitat sau a unui drept recunoscut ca fundamental în această ordine juridică*” - CJCE, 28 martie 2000, *Krombach*, C-7/98.

<sup>32</sup> Pentru o analiză detaliată a importanței juridice a considerentelor din preambulul Regulamentului european 593/2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale, susceptibilă a fi extinsă *mutatis mutandis* în privința tuturor regulamentelor europene de DIP, v. S. Lemaire, „*Interrogations sur la portée juridique du préambule du Règlement Rome I*”, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2157.

<sup>33</sup> Considerentul în discuție prevede, de asemenea, că instanțele sau celelalte autorități competente „*nu ar trebui să poată aplica excepția de ordine publică pentru a lăsa deoparte legea unui alt stat membru [...], dacă în felul acesta ar încălca dispozițiile Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*”. În mod particular, această Cartă include un articol 7 privitor la *Respectarea vieții private și de familie*, a căruia aplicare/respectare ar putea avea incidente în ceea ce privește recunoașterea drepturilor succesoriale pentru soții din căsătoriile între persoane de același sex în state (precum România) în care aceste căsătorii nu sunt recunoscute în mod obișnuit. V. studiul nostru, „*Despre recunoașterea statutului matrimonial dobândit în străinătate și protecția europeană a dreptului la viață familială*”, *Studia Iurisprudentia*, 4/2012, n° 27.

<sup>34</sup> În dreptul comparat, prof. M. Grimaldi a invocat argumente similare pentru a susține că textele franceze în materie de rezervă consacră un principiu fundamental al dreptului francez, care ar trebui să fie garantat în plan internațional prin intermediul excepției de ordine publică: „*La réserve porte en elle les valeurs essentielles que sont dans l'ordre familial, la solidarité, l'égalité et la liberté. Elle représente une certaine conception du rôle qui revient à la loi et au juge pour en assurer la défense ; même assouplie par les réformes récentes, elle continue de protéger efficacement l'héritier contre le pouvoir du de cujus de disposer à titre gratuit de ses biens et, si controversée qu'elle soit, le législateur français vient de*



- confirmer son ancrage dans notre droit. C'est assez pour qu'elle vaille d'être protégée au plan international" – M. Grimaldi, „Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire”, *Defrénois*, 30.08.2012, n° 15-16, p. 755.
- <sup>35</sup> B.Of. nr. 13, 18 aprilie 1956.
- <sup>36</sup> V. și D. Chirică, *op. cit.*, p. 309, n° 401.
- <sup>37</sup> V. D. Chirică, *op. cit.*, p. 301, n° 390, p. 305-306, n° 397.
- <sup>38</sup> V. A. Davi, *op. cit.*, p. 390.
- <sup>39</sup> V. M. Goré, « Estate planning : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain », in *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 383 și urm.
- <sup>40</sup> În doctrină, este în general acceptat că ceea ce trebuie să fie evaluat din perspectiva conformității cu ordinea publică de drept internațional privat a forului este nu conținutul abstract al legii străine, ci rezultatul aplicării acesteia în cazul de speță – cf. B. Audit, *op.cit.*, p. 264, n° 308.
- <sup>41</sup> V. H. Dörner, P. Lagarde (dir.), „Etude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union européenne”, 2002, p. 59, studiu disponibil la adresa [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments\\_successions\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf).
- <sup>42</sup> V. de exemplu, M. Grimaldi, „Brèves réflexions...”, *op. cit.*, n° 8. Printre autorii care susțin că reglementările privitoare la rezervă nu sunt protejate prin intermediul excepției de ordine publică internațională, v. D. Bureau, H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 2007, t. II, n° 843; M. Goré, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> éd., 2011/2012, n° 722-61; P. Lagarde, „Présentation de la proposition de règlement sur les successions”, în G. Khairallah, M. Revillard (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales*, Defrénois, 2010, p. 3, sp. p. 13; S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Dalloz, 2004, n° 300 și urm. Pentru un exemplu de hotărâre în care s-a refuzat utilizarea excepției de ordine publică internațională împotriva unei legi succesoriale străine ce ignora rezerva, v. C. Ap. Paris, 3.11.1987, *JDI*, 1990, p. 109, notă J. Héron.
- <sup>43</sup> *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, COM(2009)154 final.
- <sup>44</sup> Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, „Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”, p. 111 și urm., n° 249-250, studiu disponibil la adresa: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf>
- <sup>45</sup> Chiar dacă în dreptul românesc, ca și în cel francez (ce a servit a sursă de inspirație legiuitorului român), fiducia nu poate fi inspirată de o intenție liberală (art. 775 NCC), lucrurile stau exact invers în ceea ce privește *trustul* în *common law* – v. D. Hayton, „Trusturile în dreptul internațional privat european”, *Revista de Drept internațional privat și Drept privat comparat*, 2006, p. 285 și urm.
- <sup>46</sup> Pentru un exemplu în dreptul comparat, v. C. Ap. Paris, 10 ianuarie 1970, *Courtois c. de Ganay*: „les droits acquis par les bénéficiaires du trust pourraient être remis en question, dans le cadre de la loi successorale française, dans la mesure où ils porteraient atteinte aux règles d'ordre public relatives à la réserve”. V. și nota aferentă a lui G.A.L. Droz, *RCDIP*, 1971, p. 529; de asemenea, Y. Lequette, „De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs (à propos d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation)”, *Recueil Dalloz*, n° 27, iulie 1996, p. 231.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **ORIGINEA ȘI FUNCȚIILE SEZINEI**

**Șerban MIRCIOIU\***

***Inhaltsangabe: Die Herkunft und die Wirkungen der deutschen Gewere.** Die Gewere war ein eigenartiges Rechtsinstitut des älteren germanischen Sachenrecht. Die Gewere spielte eine Schlüsselrolle in der Rechtsübertragung der Liegenschaften im ganzen westlichen Mittelalter. Der Begriff der Gewere war vielfältig und umfasste unterschiedliche Wirkungen. Die Gewere erfüllte im Mittelalter eine ähnliche Rolle wie die römische possessio. Mit der Rezeption des römischen Besitzrechts ging der Gewerebegriff verloren. Trotzdem etwas von dem Geist der alten Gewere lebt weiter in der Form des Rechtsinstituts der „saisine“ das dem französischen und dem rumänischen Erbrecht spezifisch ist.*

**Cuvinte cheie:** *sezina de fapt, sezina de drept, sezina legitimă*

**Stichwörter:** *die leibliche Gewere, die ideelle Gewere, die rechte Gewere*

1. Juriștii români contemporani devin familiarizați cu instituția sezinei îndeobște atunci când ea este studiată în materia dreptului succesoral<sup>1</sup>. În realitate sezina este o instituție juridică veche cu o istorie și o evoluție proprie. Sezina a reprezentat o instituție centrală a dreptului medieval european care până în prezent a fost puțin cercetată în dreptul nostru<sup>2</sup>. Succintele rânduri de mai jos își propun să scoată această misterioasă instituție din relativul con de umbră în care se află în prezent schițând câteva aspecte privitoare la originea și funcțiile sezinei medievale.

2. Vechiul drept germanic a cunoscut o instituție specifică, care purta denumirea de „die Gewere”<sup>3</sup>. Această instituție a jucat un rol „cheie” în dreptul patrimonial germanic de unde a fost preluată la nivelul întregului drept medieval european apusean. Etimologic vorbind, denumirea de „Gewere” provine probabil de la verbul germanic *wern, werjan* care înseamnă a îmbrăca. Termenul germanic a fost tradus la rândul său în limba latină prin cuvintele *vestire, investire* care au înțelesul juridic de îmbrăcare a unei persoane cu posesia asupra unui bun<sup>4</sup>. Inițial termenul desemna o stare de fapt, respectiv „îmbrăcarea” dobânditorului unui bun cu posesia asupra bunului respectiv. Acest mod de a privi lucrurile corespunde concepției naive a vechiului drept germanic, conform căruia drepturile asupra bunurilor, fie ele mobile sau imobile, nu pot fi percepute și dobândite în mod abstract. Orice drept trebuie să fie îmbrăcat într-o formă exterioară și vizibilă pentru a putea căpăta expresivitate<sup>5</sup>. Pentru ca raportul persoanei asupra bunului să poată fi cunoscut și recunoscut de toată comunitatea el trebuie să apară într-o formă exterioară, perceptibilă tuturor. Pentru omul evului mediu simbolurile și gesturile erau factorii determinanți în procesul de achiziționare al bunurilor.

3. Inițial termenul de „*Gewere*” desemna predarea posesiei sau mai corect spus „purtarea” posesiei. Mai apoi termenul de „*Gewere*” a ajuns să desemneze nu faptul detenției fizice asupra bunului ci o noțiune juridică eclectică, un fel de drept real asupra bunului care îl îndreptățește pe cel care era „îmbrăcat” cu bunul să exercite anumite drepturi asupra acestuia în ochii întregii comunități. Pentru ca juristul român să înțeleagă mai bine această instituție specifică evului mediu vom reda și corespondentul ei francez adică termenul de *saisine* respectiv pe acela de sezina așa cum a fost el preluat în limba română pe filieră franceză. Originea instituției sezinei este germanică, termenul provine de la verbul germanic *setzen*, care înseamnă a pune sau mai exact în prezentul context a pune în posesie<sup>6</sup>. Termenii de *investiture*, *saisine*, mai sunt utilizați în mod echivalent cu verbul a deține, *tenue*, *tenir*<sup>7</sup>. Nu trebuie să pierdem din vedere faptul că termenul de *saisine* pe care l-am preluat și noi pe filieră franceză sub denumirea de sezina nu corespunde originalului denumirii instituției germanice care este acela de „*die Gewere*”. Ceea ce este clar este faptul că atât termenul de *Gewere*, cât și cel de *Investitura* sau de *saisine* au înțelesul originar de a înveșmânta pe dobânditorul unui bun cu posesia asupra bunului. O precizare trebuie făcută din capul locului. Dreptul germanic (și mai apoi cel franc) din perioada medievală nu făcea distincția netă între posesie și proprietate așa cum o făceau cu multă acuratețe juriștii romani din perioada clasică<sup>8</sup>. Din această cauză este foarte greu de explicat într-o terminologie specifică dreptului modern ce reprezintă în concret „*die Gewere*”. Vom reda definiția unor consacrați autori francezi care în mod paradoxal prin imprecizia ei surprinde după părerea noastră cel mai bine esența acestei instituții: „sezina medievală este când un drept când un fapt, posesie și proprietate sau drept real, sau mai exact nu este nici una nici alta”<sup>9</sup>. Noi am adăuga la această definiție că dimpotrivă, sezina este și una și alta, proprietate, posesie și detenție toate sudate într-o singură instituție. Inițial instituția medievală a sezinei s-a apropiat mai mult de noțiunea de proprietate pentru ca mai apoi să se apropie mai mult de noțiunea de posesie. Se poate observa că deși la început sezina desemnează gestul predării posesiei, ulterior „*die Gewere*” ajunge să desemneze un fel de drept real care își găsește forma de manifestare exterioară în faptul stăpânirii bunului. Dreptul real ajunge să se individualizeze, să fie transferat și mai apoi apărât în întreaga perioadă a evului mediu prin intermediul formei sale externe de manifestare, adică prin intermediul sezinei<sup>10</sup>. Dobândirea sezinei medievale presupune îndeplinirea unei duble condiții: o stăpânire faptică asupra bunului și o justificare reală în temeiul căreia se exercită stăpânirea de fapt<sup>11</sup>. Deoarece existența dreptului real în sine era greu de probat, deținerea în mod public a sezinei era menită să creeze aparența existenței dreptului real în patrimoniul celui care deținea sezina. Atitudinea subiectivă a celui care deținea bunul nu avea niciun fel de importanță. Esențial în dobândirea sezinei era aparența obiectivă. Cel care exercită detenția asupra unui bun fără a avea la bază un drept (spre exemplu detenția unui bun furat) nu dobândește sezina. Dimpotrivă cel în favoarea căruia exista aparența unui drept dobândește sezina medievală chiar dacă în realitate nu are niciun drept asupra bunului respectiv. În această ultimă ipoteză, sezina nu corespunde stării de drept însă ea conferă deținătorului ei anumite avantaje legale până în momentul în care adevăratul proprietar sau o persoană mai îndreptățită decât purtătorul actual al sezinei reușește prin intermediul unui proces să se impună și să înlăture sezina actualului deținător. Din aceste scurte considerații se desprinde ideea că sezina medievală nu era numai forma externă a dreptului real, învelișul său, haina sa,

ci și un drept în sine care prefigura dreptul real și care era capabil să producă efecte juridice chiar în absența dreptului real<sup>12</sup>.

4. Sezina poate fi dobândită atât asupra bunurilor mobile cât și asupra bunurilor imobile<sup>13</sup>. Sezina bunurilor mobile este strâns legată de detenția materială asupra bunului. Ea se dobândește prin predarea fizică a bunului din mână în mână. Dacă se pierde detenția corporală asupra bunului mobil, sezina mobilă se pierde la rândul ei. Așa cum am văzut dacă bunul este furat, hoțul nu dobândește sezina care pur și simplu se stinge. Se poate observa că în cazul bunurilor mobile sezina este stâns legată de detenția corporală asupra bunului.

5. În cazul bunurilor imobile nu se poate vorbi despre o detenție materială asupra bunului. În cazul sezinei imobiliare stăpânirea asupra bunului se obiectivează în mod faptic prin folosirea imobilului. Spre diferență de bunurile mobile, sezina imobilă poate fi exercitată chiar și în mod mediat prin intermediul unei alte persoane. Deține sezina atât cel care este proprietarul imobilului cât și cel care culege foloasele de pe urma imobilului în temeiul unui alt raport juridic. În primul caz se vorbește despre o sezină directă iar în al doilea caz despre o sezină mediată<sup>14</sup>. În perioada evului mediu se putea exercita chiar și o pluralitate de sezine. Seniorul conferă un teren cu titlu de fief vasalului său, care la rândul său îl dă în concesiune spre exploatare în schimbul unei redevențe unui sătean, care închiriaza la rândul său terenul unui alt lucrător agricol<sup>15</sup>. În acest exemplu există simultan patru sezine distincte asupra terenului: sezina seniorului, sezina vasalului, sezina concesionarului și sezina chiriașului. Fiecare dintre cei patru deținători de sezine trag foloase de pe urma exploatării terenului. Faptul că sezina putea fi exercitată și în mod mediat a fost de natură să conducă la apariția, în cazul sezinei imobiliare a așa numitei sezine corporale, sau a sezinei ideale „*ideelle Gewere*”. Distincția între cele două forme de sezină este aceea că sezina ideală nu presupune un act de preluare efectivă sau simbolică a bunului spre diferență de sezina corporală „*leiblicher Gewere*” care se dobândește prin preluarea reală sau simbolică a bunului<sup>16</sup>. Mai exact utilizând terminologia specifică dreptului francez este vorba despre distincția între sezina de fapt (*saisine de fait*) și sezina de drept (*saisine de droit*)<sup>17</sup>. Sezina de drept se dobândește într-un mod detașat de stăpânirea fizică asupra bunului însă cu respectarea unor anumite solemnități menite să atragă atenția asupra noilor raporturi juridice. Titularul sezinei imobiliare asupra terenului poate să dea în arendă terenul unei persoane care dobândește în acest fel sezina corporală, sezina faptică. Cu toate acestea sezina ideală, sezina de drept, rămâne în continuare în stăpânirea titularului inițial. Un alt caz de sezină ideală, este cel a moștenitorilor care dobândesc sezina de drept asupra bunurilor succesoriale chiar dacă stăpânirea de fapt asupra bunurilor aparține unui terț străin de moștenire, regulă exprimată în adagiul vechiului drept francez : *Le mort saisit le vif*<sup>18</sup>. Adagiul exprimă ideea că moștenitorii care se bucură de sezină dobândesc acest drept în mod direct din momentul morții antecesorului lor. Mortul este cel care îi însezinază pe cei vii. Instituția sezinei succesoriale trăiește încă în reglementarea Codului civil francez de unde a fost preluată și de legiuitorul român și reușește în mod misterios să supraviețuiască inclusiv în Noul cod civil român.

Sezina de drept se poate dobândi și prin intermediul instanței de judecată, ipoteză în care partea câștigătoare dobândește sezina direct prin intermediul instanței fără a fi necesară o deținere a controlului fizic asupra imobilului. În această ipoteză, actul juridic de transfer al dreptului de proprietate specific pentru dreptul germanic poartă denumirea de *Auflassung*<sup>19</sup>.

Distincția între sezina de fapt și sezina de drept a condus în cele din urmă la concepția potrivit căreia în cazul în care deținătorul bunului este deposedat prin violență de bunul respectiv, ceea ce se pierde este numai sezina de fapt dar nu și sezina de drept<sup>20</sup>.

6. O altă creație a dreptului medieval a fost și noțiunea de „*die rechte Gewere*” sau sezina dobândită în urma trecerii unui interval de timp prevăzut de lege. Este vorba despre situația în care o persoană dobândește în mod formal sezina de la o persoană care nu deține și titlul de proprietate sau dreptul real, respectiv componenta internă a sezonei. Perioada lungă de timp în care se exercită sezina dobândită în acest mod este de natură să confere titularului sezonei o formă de legitimitate în ochii comunității chiar în lipsa unui titlu juridic adecvat. Această regulă ilustrează cel mai bine nu numai un principiu de drept dar și mentalitatea omului medieval în concepția căruia timpul era, așa cum sugestiv s-a spus „marele ordonator al raporturilor juridice”<sup>21</sup>. Perioada de timp în care trebuia exercitată sezina dobândită în acest fel era de regulă de un an și o zi sau de șase săptămâni și trei zile. Dacă în acest interval de timp nu era intentată nicio acțiune judiciară de către titularul dreptului împotriva celui ce exercita sezina, titularul dreptului pierdea orice posibilitate de a-și mai afirma dreptul asupra imobilului respectiv. Orice demers judiciar din partea unei persoane lezate în drepturile sale, ulterior scurgerii acestei perioade de timp, era sortit eșecului deoarece cel care exercitase sezina în perioada de timp prescrisă de lege se putea apăra cu faptul că prin trecerea timpului a dobândit „*die rechte Gewere*” ceea ce s-ar putea traduce cu termenul de „sezina legitimă”. Unii cercetători susțin că termenul de un an și o zi se poate explica prin faptul că el ar corespunde ciclului normal de exploatare al unui teren agricol<sup>22</sup>. Alții cred că originea perioadei de timp necesare dobândirii „sezonei legitime” trebuie căutată în dreptul franc și că ar corespunde intervalului de timp în care se puteau emite pretenții asupra bunurilor imobiliare confiscate de către rege pentru acte de trădare. După scurgerea perioadei de timp de un an și o zi confiscarea regală devenea definitivă și nu mai putea fi contestată<sup>23</sup>. În lipsa dobândirii sezonei în mod legitim, numai trecerea timpului era de natură să îi confere acesteia un caracter legitim. Unii autori califică natura juridică a acestui termen ca fiind una extinctivă, de forcluziune și mai puțin drept una achizitivă<sup>24</sup>. În acest sens se poate vorbi mai degrabă de pierderea sezonei de către terțul care nu a acționat în termenul legal decât de o achiziționare a sezonei de către titularul său actual. Într-adevăr trecerea termenului de acțiune pentru terții interesați face să se stingă toate drepturile acestora asupra bunului însă credem că nu se poate nega faptul că prin acest mecanism sezina inițial ilegitimă se transformă într-o sezina legitimă adică deținătorul ei cumulează prin efectul trecerii timpului o poziție intangibilă care nu poate fi altfel calificată decât prin faptul că a dobândit atât posesia cât și proprietatea asupra bunului respectiv. Efectul achizitiv ni se pare de netăgăduit deoarece sezina nu mai este aceeași ci se metamorfozează într-un alt tip de sezina sau mai corect spus devine o sezina deplină, adică o „sezina legitimă”.

7. Sezina a jucat în perioada evului mediu multe roluri și funcții<sup>25</sup>.

În primul rând sezina avea o funcție defensivă care îl apăra pe titularul sezonei împotriva deposedărilor de fapt și îi asigură acestuia într-un cadru procesual o prezumție a existenței legale a dreptului.

În al doilea rând sezina avea o funcție ofensivă prin care deținătorul sezonei putea redobândi bunul care fusese nelegal înstrăinat din mâna oricui prin intermediul unui

proces judiciar. Cu toate acestea dacă titularul sezinei nu acționa în termenul legal, el își pierdea definitiv dreptul de sezină și se consolida sezina dobânditorului care se transforma într-o „sezină legitimă”.

În al treilea rând sezina juca o funcție translativă de drept. Dreptul real care era ascuns în spatele sezinei care îl înveșmânta putea fi transferat numai odată cu veșmântul care îl acoperea, adică odată cu sezina. Acest lucru se realizează prin intermediul unui act specific dreptului germanic denumit în materie imobiliară *Auflassung* și care se va regăsi mai apoi în instituția cărților funciare moderne ca o componentă a mecanismului de transfer al dreptului de proprietate. În cazul transferului bunurilor mobile importantă este predarea sezinei corporale, care are rolul unei forme de publicitate menite să confere legitimitate deținătorului.

Ceea ce conta în ochii omului medieval era exercitarea concertă, vizibilă, de zi cu zi a dreptului și nu o noțiune abstractă pe care nu o putea percepe prin propriile-i simțuri. Pământul este în realitate în perioada evului mediu cel mai de preț bun pentru că el este în măsură să îi satisfacă omului medieval toate necesitățile curente. Dreptul de a folosi imobilul și de a-i percepe fructele sunt cu adevărat importante pentru omul medieval și nu noțiunea abstractă de proprietate. Din această cauză toate schimbările patrimoniale se realizează în perioada evului mediu prin intermediul acestei instituții specifice denumită „*die Gewere*” sau sezină. Cel care stăpânește terenul, care îl exploatează și îi culege fructele în mod palpabil, constant și vizibil pentru întreaga comunitate, este cel care deține puterea reală asupra bunului, adică cel care deține sezina. Din această perspectivă sezina medievală poate fi caracterizată în termeni generali drept un mijloc juridic de legitimitate menit să asigure siguranța unui circuit juridic civil incipient<sup>26</sup>. Sezina medievală prezintă anumite paralelisme cu posesia romană însă sezina medievală este și rămâne o instituție proprie evului mediu, autonomă și cu funcții complexe.

8. Prin receptarea dreptului roman, mai ales a noțiunii romane de posesie, instituția polimorfă a sezinei medievale a dispărut din legislațiile moderne. Este de netăgăduit însă că unele instituții și principii precum: cărțile funciare, principiul publicității și cel al tradiției specifice dreptului privat modern își au originea în sezina medievală germanică. În mod oarecum surprinzător regăsim inclusiv în legislația română actuală termenul de sezină folosit cu diferite înțelesuri. Codul civil român din 1865 arăta în art. 653 că „*descendenții și ascendenții au de drept posesiunea moștenirii din momentul morții defunctului*”. Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, în forma sa inițială, folosea în capitolul I sintagma: „*subiecte de sezină*”<sup>27</sup>. Noul Cod civil român definește sezina în art. 1125: „*Pe lângă stăpânirea de fapt exercitată asupra patrimoniului succesoral, sezina le conferă moștenitorilor sezinari și dreptul de a administra acest patrimoniu și de a exercita drepturile și acțiunile defunctului.*” Care este însă natura juridică a sezinei? Dacă în Codul civil român din 1865 sezina era definită drept „*posesiunea de drept*” asupra moștenirii, în Noul Cod civil român sezina este definită drept „*stăpânirea de fapt*” exercitată asupra patrimoniului succesoral. Așa cum pertinent s-a arătat recent : „sezina nu se confundă nici cu proprietatea, nici cu posesia (în sensul dispozițiilor art. 916 NCC), nici cu detenția materială a bunurilor succesorale”<sup>28</sup>. Dar, dacă sezina nu este nici proprietatea, nici posesia și nici detenția materială ce este ea în realitate? Faptul că sezina a fost definită drept un „beneficiu al legii acordat anumitor moștenitori”<sup>29</sup> nu este de natură să clarifice natura juridică a acesteia.

În opinia noastră sezina nu este nimic altceva decât ceea ce a fost dintotdeauna, adică „die Gewere”, o instituție proprie Evului mediu, pe care am descris-o în rândurile de mai sus și care a reușit în mod miraculos să supraviețuiască unor vremuri demult apuse. Sezina contemporană nu reprezintă altceva decât înveșmântarea anumitor succesibili cu o anumită putere în legătură cu patrimoniul succesoral. În opinia noastră sursa medievală a sezei contemporane așa cum a răzbătut ea în dreptul nostru succesoral este instituția sezei de drept (*ideelle Gewere, saisine de droit*). Așa cum s-a spus, legiuitorul a avut de ales între soluția numirii unui terț sau succesibil ca administrator al succesiunii după model anglo-saxon fie soluția acordării unor puteri unora dintre succesori după modelul francez<sup>30</sup>. Adoptând această ultimă soluție legiuitorul român a ales să reconfirme instituția sezei. Deși poate fi privită drept o veritabilă „fossilă juridică” realitatea este că dacă am urmat modelul dreptului francez sezina medievală rămâne o instituție utilă pentru a putea caracteriza și explica o situație juridică incertă și temporară care durează de la momentul deschiderii succesiunii și până la momentul exercitării dreptului de opțiune succesorală de către succesibili.

Toate aceste constatări sunt de natură să ne convingă de faptul că ceva din caracterul proteic al sezei medievale sau poate ceva din mentalitatea omului medieval este păstrat și chiar perpetuat și în legislația noastră contemporană.

\* Avocat, Baroul Cluj; serban.mircioiu@avocatbaras.ro.

<sup>1</sup> A se vedea: M. Eliescu, *Transmisiunea și împărțea moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 58-64; Fr. Deak, *Tratat de drept succesoral*, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 468-471; D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 426-432.

<sup>2</sup> A se vedea, pentru o cercetare recentă asupra instituției sezei din perspectiva dreptului succesoral: D. Chirică, *Transmisiunea posesiunii moștenirii sau sezei*, în „In honorem C. Bârsan”, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 212-230; I. Popa, *Stăpânirea de fapt asupra moștenirii. Sezina*, în „Revista Română de Drept Privat”, 4/2013, p. 151-173.

<sup>3</sup> A se vedea: R. Hübner, *A history of Germanic private law*, Little, Brown, and Company, Boston, 1918, p. 183-224; W. Ogris, *Gewere*, în „Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte”, Band I, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1971, p. 1658-1667; D. Haag Molkenteller, *Die These vom dinglichen Vertrag: zur formalen Struktur der Eigentumsübertragung nach §929 Satz 1 BGB*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1991, p. 47-51; R. Michaels, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, p. 90-91; J. P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1<sup>re</sup> Édition, Dalloz, Paris, 2002, p. 513-546.

<sup>4</sup> A se vedea W. Ogris, *op. cit.*, p. 1658.

<sup>5</sup> A se vedea R. Hübner, *op. cit.*, p. 184.

<sup>6</sup> În sensul că noțiunea de sezină are o origine incertă, provenind fie de la latinescul *sacio, ire* = a prelua posesia, fie de la cuvântul franc *sakjan* = a revendica un drept, a se vedea I. Popa, *op. cit.*, p. 152.

<sup>7</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 513.

<sup>8</sup> A se vedea D. Haag Molkenteller, *op. cit.*, p. 47.

<sup>9</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 513.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> A se vedea W. Ogris, *op. cit.*, p. 1659.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 1660.

<sup>13</sup> A se vedea R. Michaels, *op. cit.*, p. 91.

<sup>14</sup> A se vedea W. Ogris, *op. cit.*, p. 1662.

- <sup>15</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 516. În contextul terminologiei specifice evului mediu francez terminologia raporturilor contractuale prezentate în exemplul de mai sus în limba română trebuie privită cu aproximație.
- <sup>16</sup> A se vedea: R. Hübner, *op. cit.*, p. 189-193; W. Ogris, *op. cit.*, p. 1663.
- <sup>17</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 517.
- <sup>18</sup> *Ibidem*, p. 518.
- <sup>19</sup> A se vedea R. Hübner, *op. cit.*, p. 190.
- <sup>20</sup> A se vedea D. Haag Molkensteller, *op. cit.*, p. 49.
- <sup>21</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 519.
- <sup>22</sup> *Ibidem*.
- <sup>23</sup> A se vedea R. Hübner, *op. cit.*, p. 201.
- <sup>24</sup> A se vedea J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 519.
- <sup>25</sup> A se vedea W. Ogris, *op. cit.*, p. 1665-1666.
- <sup>26</sup> A se vedea W. Ogris, *op. cit.*, p. 1667.
- <sup>27</sup> În această formulă utilizată până de curând de legiuitorul național termenul de sezina se aproprie mai mult de sezina medievală înțelesă ca instituție procesuală sau eventual de sezina drepturilor corporale. Într-adevăr în perioada evului mediu a fi în sezina însemna și a fi instituit cu puterea de a îndeplini acte de justiție. Spre exemplu o decizie din anul 1269 d.Hr. vorbește de un mareșal înzestrat cu sezina de a judeca ereticii : „*la saisie de juger et de brûler les hérétiques dans la ville de Carcassonne*”. A se vedea pentru acest exemplu J. P. Lévy, A. Castaldo, *op. cit.*, p. 515.
- <sup>28</sup> A se vedea D. Chirică, *Transmisiunea posesiunii moștenirii sau sezinei*, *op. cit.*, p. 215. În același sens a se vedea și I. Popa, *op. cit.*, p. 152-156.
- <sup>29</sup> A se vedea: M. Eliescu, *op. cit.*, p. 60; Fr. Deak, *op. cit.*, p. 468.
- <sup>30</sup> A se vedea D. Chirică, *Transmisiunea posesiunii moștenirii sau sezinei*, *op. cit.*, p. 213.



## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **L'ACTE CIVIL UNILATÉRAL C. L'ACTE ADMINISTRATIF – RÉFLEXIONS SUR LA DÉLÉGATION DE L'EXERCICE DU POUVOIR PUBLIC AUX PARTICULIERS**

**Ovidiu PODARU\***

**Résumé:** Une jurisprudence récente a établi qu'un acte unilatéral par lequel une fédération sportive a exclu un de ses membres en raison d'une grave violation de son statut a la nature juridique d'un acte administratif individuel car, par rapport aux dispositions de la Loi de l'éducation physique et du sport n° 69/2000, respectivement de l'Ordonnance n° 26/2000 concernant les associations et les fondations, si de telles associations ont un statut d'utilité publique, elles peuvent émettre des actes administratifs par délégation, en exerçant le pouvoir public dont elles ont été investies par la loi. En réalité, un tel acte est un acte unilatéral de nature civile car, lorsque la fédération l'émet, elle ne se conduit pas en autorité publique mais en simple particulier, vu qu'elle n'exerce pas le pouvoir public que la loi lui a conféré. D'autre part, un tel acte ne met pas en application la loi impérative, mais son propre statut, donc cette condition exigée par l'article 2 alinéa 1 lettre c) de la Loi du contentieux administratif n'est pas remplie non plus.

**Mots-clefs:** acte civil unilatéral, acte administratif par délégation, régime de pouvoir public, fédération sportive

#### **A. Introduction**

Dernièrement, ceux qui se passionnent pour l'étude des frontières entre le droit civil et le droit administratif ont pu remarquer une offensive assez agressive du droit administratif qui tend à s'occuper de domaines autrefois classiques pour le droit civil. L'une des „armes” consiste à considérer certains actes unilatéraux comme étant des actes administratifs, tout en profitant, probablement, du peu d'intérêt manifesté par les spécialistes en droit civil vis-à-vis de l'acte civil unilatéral.

Une pareille situation est récemment parue dans la jurisprudence<sup>1</sup>. Ainsi, une importante fédération sportive dont le statut d'utilité publique n'est pas hors de question<sup>2</sup>, a exclu un de ses membres par une décision de son organe directeur, en invoquant une grave violation par ce membre du statut de la fédération. Ce membre s'est adressé à l'instance de contentieux administratif en sollicitant en raison de l'article 1 de la Loi n° 554/2004 l'annulation de l'acte de sanctionnement. Le premier problème juridique mentionné en l'espèce a été celui de la nature juridique de cet acte juridique, ayant pour conséquence l'établissement de l'instance compétente pour solutionner la cause. La Cour d'Appel Bucarest a établi qu'il s'agit d'un acte

administratif vu que les fédérations qui ont acquis un statut d'utilité publique sont, selon l'article 2 alin. 1 lett. b) de la Loi du contentieux administratif, des autorités publiques assimilées, et le pouvoir de sanctionnement disciplinaire représente, pour l'essentiel, une forme d'exercice du pouvoir public, l'acte juridique émis de cette façon étant, à son tour, une modalité de mise en application de la loi spéciale (La Loi n° 69/2000 de l'éducation physique et du sport<sup>3</sup>) qui permet l'exercice du pouvoir disciplinaire à condition d'observer les statuts et les règlements propres à la fédération. Dans ce qui suit, nous nous proposons d'analyser plus en détail cette situation pour mieux cerner la différence entre l'acte civil unilatéral et l'acte administratif.

## B. La nature juridique de la Fédération – un critère insuffisant

Conformément aux dispositions de l'article 2 alinéa 1 lettre b) de la Loi n° 554/2004 du contentieux administratif, „*sont assimilées aux autorités publiques, au sens de la présente loi, aussi les personnes juridiques de droit privé qui, en conformité avec la loi, ont acquis le statut d'utilité publique ou qui sont autorisées à fournir un service public, en régime de pouvoir public*”. Ce texte de loi doit être corroboré avec les réglementations comprises dans l'art. 35 de la Loi n° 69/2000 de l'éducation physique et du sport conformément auxquelles „(1) *Les fédérations sportives nationales sont des structures sportives d'intérêt national, constituées par l'association des clubs sportifs et des associations départementales et du municipe Bucarest, par branches sportives.* (2) *Conformément à la présente loi, les fédérations sportives nationales sont des personnes juridiques de droit privé, d'utilité publique, autonomes, non-gouvernementales, apolitiques et sans un but lucratif.* (3) *L'acquisition de la personnalité juridique s'accomplit dans les conditions de la loi.*” A partir de ces dispositions, on pourrait tirer la conclusion, qui n'est pas exempte de toute critique, **qu'une fédération sportive, légalement constituée, est une autorité publique assimilée**<sup>4</sup>.

Cependant cette prémisse de notre analyse ne signifie que le fait **qu'in abstracto**, une fédération peut avoir une qualité processuelle passive dans le contentieux administratif; pourtant, pour arriver à la conclusion finale de l'instance de fond nous devons établir tout d'abord que, **concrètement** (c'est-à-dire dans un rapport juridique particulier, de façon automatique) **la fédération sportive en question s'est conduite en autorité publique, en exerçant le pouvoir public mis à sa disposition par la loi.**

Or, comme nous l'avons déjà montré à une autre occasion<sup>5</sup>, toute personne juridique de droit public a, en fait, une personnalité juridique double (duelle, scindée): l'une, *administrative*, qui lui permet d'exercer le pouvoir public par l'émission d'actes administratifs, et une autre, *civile*, que la loi met à sa disposition en vue de l'émission d'actes juridiques civils. Si telle est la situation des autorités administratives véritables (par exemple, le Gouvernement<sup>6</sup>), la situation des autorités administratives assimilées doit d'autant plus être telle. Voire plus, *si dans le cas des autorités administratives, la capacité administrative constitue la règle* (car ces autorités ont été créées par la justice dans le but premier d'exercer le pouvoir public, et non pas de se conduire en simples particuliers) et *la capacité civile constitue l'exception*, au contraire, dans le cas des autorités administratives assimilées, la règle reste la capacité civile (n'oublions pas qu'à l'origine **les fédérations sportives sont des personnes**

juridiques de droit privé) et seulement de façon exceptionnelle nous pouvons parler aussi d'une capacité administrative. Par conséquent, le fait **qu'une fédération sportive puisse in abstracto exercer le pouvoir public, cela ne signifie pas automatiquement qu'elle l'ait aussi exercé dans une situation particulière.**

Par conséquent, ce que nous devons déterminer vraiment est si, par la décision d'exclure un de ses membres, l'organe directeur de la fédération sportive a exercé ou non son pouvoir public mis à sa disposition par la loi.

### **C. Les critères qui ne sont pas remplis par la décision d'exclusion pour avoir la nature d'un acte administratif:**

Selon les dispositions de l'art. 2 alin. 1 lett. c) de la loi du contentieux administratif, les caractéristiques que doit réunir une manifestation de volonté pour pouvoir être considérée un acte administratif sont les suivantes: (1) l'unilatéralité; (2) le régime de pouvoir public; (3) son objet – l'organisation de l'application de la loi ou l'exercice concret de la loi<sup>7</sup>; (4) la production d'effets juridiques. Parmi celles-ci, à une analyse plus attentive, au moins la seconde et la troisième ne sont pas réunies dans le cas soumis à l'analyse.

#### **1. Le régime de pouvoir public**

Nous avons expliqué amplement à une autre occasion<sup>8</sup> comment on distingue un acte unilatéral émis en régime de droit public d'un acte émis en régime de droit privé. Pour l'essentiel, par un exercice d'imagination, remplaçons l'auteur de l'acte par une personne privée. Si à la suite de ce remplacement l'émission de l'acte en question reste tout aussi plausible, celui-ci ne peut être qu'un acte de droit privé parce que, en pouvant être émis aussi par un particulier, l'exercice du pouvoir public pour cet acte n'a pas été nécessaire; bien au contraire, si l'émission de l'acte par un particulier n'est pas plausible, alors l'acte a certainement été émis par l'autorité publique à l'aide du pouvoir public qui lui a été conféré par la loi car, de façon évidente, les seuls actes juridiques qu'un particulier ne peut pas conclure/ émettre sont ceux qui supposent l'exercice du pouvoir public.

Or, en l'espèce, il s'agit d'un acte juridique par lequel une fédération (structure associative) établit, à travers son organe compétent selon son statut, l'exclusion d'un membre pour une possible violation du même Statut. On peut facilement constater qu'une telle décision peut être adoptée par toute personne juridique de droit privé (association, société commerciale etc.) qui applique le sanctionnement extrême à un de ses membre dans les conditions de son propre statut<sup>9</sup>. Ainsi, *le statut spécial „d'utilité publique" de la fédération est irrélevant dans une pareille situation* et, par conséquent, on peut soutenir que lorsqu'elle a décidé d'exclure un de ses membres, cette fédération n'a nullement usé du pouvoir public mis à sa disposition/ portée par le législateur.

À propos de cette même condition, un débat intéressant peut être démarré au sujet du *caractère unilatéral* de cette décision<sup>10</sup>. Bien que, formellement, on doit reconnaître ce caractère à la décision, car elle a un seul auteur – l'organe directeur de la fédération, à une analyse plus

approfondie, au moins dans le droit administratif le véritable caractère unilatéral est indépendant, de façon absolue, de tout consentement du destinataire de l'acte<sup>11</sup>. Or, en l'espèce, l'acte d'exclusion, justifié par les dispositions du Statut, part du consentement, c'est vrai, anticipé et donc indirect – du destinataire de l'acte (le consentement formulé abstraitement que l'organe compétent mette en application les sanctions statutaires à n'importe quel membre de la fédération – donc à lui-même aussi- qui violerait les dispositions de ce statut.)

## **2. La mise en application de la loi**

La raison d'être de l'administration publique est d'appliquer **la loi**. Plus exactement *la loi impérative*, c'est-à-dire ces normes qui doivent s'imposer, même de force, à tous les sujets de droit, de sorte que l'intérêt public puisse toujours prévaloir. En fin de compte, c'est là l'intérêt public abstrait de tout acte administratif: *la nécessité que les dispositions impératives de la loi triomphent en toute situation*. Par conséquent, pour arriver à ce desideratum, c'est toujours la loi qui établit à l'intention des autorités administratives des attributions dont l'exercice n'est pas, en principe, une faculté (liberté), mais une obligation. Nous disons ainsi que les organes administratifs en question, en exerçant les attributions légales respectives en vue de l'application de la loi, usent du pouvoir public dont ils ont été investis (voilà donc que cette condition des actes administratifs est étroitement liée à la précédente).

Pour établir exactement si la décision de l'espèce remplit cette condition légale nous devons établir si (a) à travers celle-ci il y a mise en application de la loi ou du propre Statut de la fédération; (b) si ce statut peut être assimilé à une loi et, enfin, (c) quelle est la solution dans l'hypothèse d'un acte, qui au moins apparemment, met en application tant une disposition légale qu'une statutaire.

**a) La décision analysée met en application les dispositions du Statut de la Fédération** (aspect reconnu en principe par l'instance qui a prononcé la sentence analysée). Premièrement, cette décision juridique même apprécie que la requérante a violé les **dispositions du Statut (art. 14 et art. 57)** et, par conséquent, elle a été exclue en raison de **l'article 18 alinéa 2 corroboré avec l'article 18 alinéa 1 du Statut**. Il n'y a donc aucun renvoi à des dispositions légales, mais seulement à des dispositions statutaires. D'autre part, la même décision constate, pour appliquer la sanction extrême qu'à travers ses actions le membre sanctionné a causé „de graves préjudices d'image à la fédération”. Or, celles-ci étant des personnes juridiques de droit privé, il est évident que **la décision analysée n'a pas été émise dans un intérêt public (même pas au niveau déclaratif), chose permise également par le Statut**. Tous ces constats éloignent cette décision de la nature juridique d'acte administratif<sup>12</sup>.

### **b) Le statut d'une fédération ne peut pas être assimilé à la loi**

En ce qui nous concerne, nous considérons que le mot „loi” de la définition de l'acte administratif donnée par la Loi n° 554/2004 doit être interprété *stricto sensu* comme l'acte provenant du Parlement portant ce nom, auquel on ajoute les ordonnances gouvernementales (simples ou d'urgence). Cependant, étant donné qu'il y a des actes

administratifs qui organisent l'application de la loi (les actes normatifs) d'après lesquels d'autres appliquent concrètement la loi (ceux individuels)<sup>13</sup>, en forçant un peu le terme de „loi” de la définition de l'acte administratif, on pourrait soutenir - à la limite, c'est vrai - qu'il engloberait aussi les actes administratifs normatifs d'organisation de l'application de la loi. Mais le Statut d'une fédération n'entre pas même dans cette catégorie, au moins pour deux raisons distinctes:

(i) *organiquement et formellement* nous n'avons pas affaire à un acte administratif. Ainsi, il y a des Statuts de personnes privées déclarées d'utilité publique pour l'entrée en vigueur desquels on a besoin de l'approbation à travers un acte administratif véritable (par exemple, le statut des cultes reconnus officiellement doit être reconnu par une décision du Gouvernement<sup>14</sup>). Or, dans le cas des fédérations sportives on n'a besoin que d'un avis du Ministère de la Jeunesse et du Sport (art. 36 de la Loi n° 69/2000), la situation étant donc complètement différente. D'ailleurs, la Haute Cour de Cassation et de Justice, à travers la décision n° 4285/2009 (précitée) a établi que le statut d'une fédération (en l'espèce la Fédération Roumaine de Football) n'est pas un acte administratif.

(ii) *matériellement*, de même nous ne sommes pas en présence d'un acte administratif car, en premier lieu, un tel statut n'est pas émis dans un intérêt public, mais dans l'intérêt privé des membres de la Fédération et de la Fédération même. Or, le but d'intérêt public est un élément essentiel de tout acte administratif, élément que le statut d'une fédération sportive n'a pas.

Par conséquent, comme ce statut représente un *acte juridique d'ordre privé*<sup>15</sup>, sa mise en application ne peut être faite **qu'à travers un acte toujours privé**, et non pas à travers un acte administratif.

### **c) La situation complexe où un acte juridique semble mettre en application tant une loi impérative qu'un acte normatif d'ordre privé. L'arbitre: l'intérêt public.**

La Cour d'Appel Bucarest a apprécié que la décision en question est un acte administratif parce que „... celle-ci a été émise en exerçant les prérogatives prévues par les dispositions de l'art. 18 alinéa 2 du Statut de la fédération, adopté par l'application des dispositions de l'art. 37 alinéa 1 lettre e) de la Loi n° 69/2000 («exerce le pouvoir disciplinaire dans les termes prévus par la présente loi et conformément aux statuts et aux règlements propres»), lesquelles sont de par leur nature des prérogatives de pouvoir public...” Et, en effet, l'acte en question, au moins en apparence met en application tant les dispositions de la loi (plus abstraites) que celles du Statut (plus concrètes); surgit alors la question dans quelle mesure peut-on considérer que, dans une telle hypothèse, *la condition légale est remplie pour que l'acte en question puisse être considéré comme un acte administratif?* En ce qui nous concerne, nous concerne, nous considérons que deux critères peuvent être utilisés pour résoudre le dilemme:

(i) *le premier: le but d'intérêt public de l'acte individuel.* Ainsi, toutes les fois que l'acte est émis dans un tel but, on tend certainement plutôt à la mise en application des dispositions impératives d'une loi; par contre, toutes les fois qu'on remarque que l'acte individuel est émis plutôt dans un but privé, il tend à mettre en application principalement

les dispositions statutaires<sup>16</sup>. Or, comme nous l'avons montré, la décision analysée est émise plutôt dans un intérêt privé que dans un intérêt public<sup>17</sup>;

(ii) *le second*: la vérification du caractère impératif de la loi, respectivement si la prérogative exercée par l'émission de l'acte individuel aurait existé aussi en l'absence du texte de la loi „mis en application”. Ainsi, **le pouvoir public ne peut être exercé qu'à condition qu'un texte exprès de loi l'autorise expressément**. Voilà pourquoi, en l'absence d'un tel texte légal, l'exercice de ce pouvoir est impossible. Et ce parce que, étant dans le domaine du droit public, est permis uniquement ce qui est permis expressément par la loi (car l'exercice du pouvoir public a, d'habitude, pour effet la réduction de certains droits et libertés individuels.) Au contraire, la législation spécifique du droit privé (constitué autour de la notion de „liberté”) ne fait que reconnaître certaines conduites qui auraient été de toute façon permises aussi en l'absence d'un tel texte, disons en raison du „droit naturel”.

Ainsi c'est assez difficile de croire que, si la réglementation du principe de la liberté contractuelle était abrogé sans aucune explication, il n'y aurait plus de liberté contractuelle (bien au contraire, si l'attribution du maire d'émettre des autorisations de construction était abrogée sans aucune explication, sans doute que celui-ci n'aurait plus cette compétence). Or, il ne nous reste plus qu'à répondre à une question simple: *même en supposant qu'il s'agisse de l'exercice du pouvoir disciplinaire* (c'est là un autre aspect controversé de l'espèce, mais lequel ne fait pas l'objet de la présente analyse), *ce pouvoir disciplinaire aurait-il pu être exercé par la Fédération exclusivement en raison de son propre statut et en l'absence de la disposition de l'art. 27 alin. 1 lett. e) de la Loi n° 69/2000?* La réponse ne peut être qu'affirmative. Le pouvoir disciplinaire est spécifique du droit du travail (branche du droit privé), mais comme nous l'avons déjà montré, c'est là une question de droit privé dans la vision du législateur car, lorsque l'Ordonnance n° 26/2000 a été adoptée, cette question n'a pas été considérée comme impérative, étant laissée exclusivement à la latitude des membres des associations/ fédérations qui pouvaient la réglementer à leur gré, c'est-à-dire en fonction de leurs intérêts privés. Ainsi, ce pouvoir résulte plutôt de l'accord des parties que d'une disposition légale à caractère impératif. Par conséquent, **en l'espèce il ne peut s'agir de l'exercice du pouvoir public**.

#### D. En guise de conclusion

A propos de ce qui vient d'être dit, nous pouvons conclure uniquement **qu'une décision de sanctionnement d'un membre d'une fédération sportive par les organes directeurs de celle-ci a la nature d'un acte unilatéral de droit privé et non pas d'un acte administratif**. La conséquence immédiate de ce constat est que les instances de contentieux administratif n'ont pas la compétence de se prononcer sur la légalité de celle-ci, seules les instances civiles pouvant censurer l'éventuelle illégalité de celles-ci, les dispositions de l'art. 7 de la Loi n° 554/2004 du contentieux administratif concernant la procédure administrative préalable n'ayant pas non plus d'applicabilité.

---

\* L'auteur est maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université Babeş-Bolyai de Cluj-Napoca, docteur en droit depuis 2003, titulaire des disciplines *Droit administratif (I et II)* et *Droit contraventionnel*- au niveau licence, respectivement *Contrats administratifs* et *Droit de l'urbanisme*- au niveau master.

- <sup>1</sup> La Cour d'Appel Bucarest, la 8e section de contentieux administratif et fiscal, l'Ordonnance du 12.12.2011, respectivement la sentence civile n<sup>o</sup>. 4230/25.06.2012 (non publiées).
- <sup>2</sup> Voir plus bas les remarques comprises dans la note 5.
- <sup>3</sup> Publiée dans le Moniteur Officiel n<sup>o</sup> 200 du 9 mai 2000.
- <sup>4</sup> Il ne faut pas négliger non plus l'argumentation de notre instance suprême (la Haute Cour de Cassation et de Justice, s.c.a.f., déc. civ. N<sup>o</sup> 4285/2009, non publiée) allant dans le sens qu'une fédération ne peut avoir ce caractère qu'aussi longtemps qu'il n'existe pas de décision gouvernementale qui atteste, *expressément dans le cas de celle-ci*, son caractère d'utilité publique. Autrement dit, on se pose le problème si une fédération sportive acquiert de droit, de par sa simple constitution/ création, ou seulement en suivant la procédure légale, conclue par une décision gouvernementale, d'attestation du statut d'utilité publique. Le débat transcend les limites de l'analyse que nous nous sommes proposée dans la présente étude, de sorte que, dans ce qui suit, nous allons analyser seulement le cas plus intéressant (donc plus discutable dans la perspective de la question juridique qui nous préoccupe), celui où, *ope legis*, une fédération se voit reconnaître le statut d'utilité publique.
- <sup>5</sup> Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu & Sfera juridică, București, 2010, nr. 55
- <sup>6</sup> D'une part, celui-ci exerce le pouvoir public lorsqu'il émet des décisions dans l'exercice des attributions établies par la Loi n<sup>o</sup> 90/2001; d'autre part, il a aussi une capacité civile qui lui permet par exemple de conclure un contrat civil dans certaines conditions restrictives – art. 13 alin. 1 lett. a) de l' OUG n<sup>o</sup> 34/2006 ou d'accepter une donation.
- <sup>7</sup> Nous parlons ainsi de "l'organisation de l'application de la loi" toutes les fois que l'organe administrative compétent adopte des actes administratifs normatifs qui détaillent les prévisions légales en préparant ainsi l'application concrète de celle-ci (par exemple, certaines norms méthodologiques approuvées par une décision gouvernementale ou par un ordre du ministère de profil), respectivement de l'"exécution concrète de la loi" lorsque l'organe administratif émet des actes individuels qui engendrent des droits ou des devoirs en faveur de/ à la charge des personnes physiques ou juridiques concernées par la loi, respectivement par l'acte administrative normative qui organise l'application de celle-ci.
- <sup>8</sup> Ov. Podaru, *op.cit.*, p. 10, la note 2 en bas de page.
- <sup>9</sup> Ainsi, en analysant les dispositions de l'Ordonnance n<sup>o</sup> 26/2000 au sujet des associations et des fondations (publiée dans le Moniteur Officiel n<sup>o</sup> 39 du 31 janvier 2000), nous remarquerons que la question de l'exclusion d'un membre de l'association/ fédération n'est pas réglementée de tout par les normes légales, étant laissée à la latitude des associations/ membres des fédérations qui peuvent la réglementer librement par leurs statuts. Or, cela représente de toute évidence **une question de droit privé**.
- <sup>10</sup> C'est la raison pour laquelle nous n'avons pas nié dès le départ l'observance par la décision en question de la condition de l'unilatéralité aussi.
- <sup>11</sup> Pour plus de détails, voir aussi Ov. Podaru, *op.cit.*, n<sup>o</sup>. 11 et suite.
- <sup>12</sup> La situation serait, sans doute, tout à fait autre au cas où l'organe compétent exclurait des activités sportives, pour un certain intervalle de temps, un sportif quelconque pour des raisons de dopage. Dans cette hypothèse, en laissant de côté le fait que, probablement, on mettrait en application des dispositions impératives des règlements anti-dopage (et non pas d'un statut), et que l'acte concernerait non pas un membre de la fédération mais un tiers, un tel acte **est visiblement émis dans un intérêt public**, car ce qu'on défend ce sont des valeurs extrêmement importantes pour le sport: le *fair-play*, la compétition correcte, le respect des adversaires, et, pourquoi pas, la santé même des sportifs en général. Voilà donc que, dans une telle situation, à chacune des conditions analysées supra la situation est radicalement changée (remarque qui nous convainc encore une fois que ces conditions sont interdépendantes).

- <sup>13</sup> Pour des détails sur ce mécanisme, voir Ov. Podaru, *op.cit.*, nr. 8. Par exemple, le Code de la Route est *organisé tout d'abord sous l'aspect de l'application*, en adoptant en ce sens un Règlement d'application, ensuite il est *mis effectivement en pratique* à travers des actes individuels (dont les procès-verbaux de contravention dressés à l'intention de ceux qui n'observent pas les prévisions de la loi ou...même du Règlement!!!).
- <sup>14</sup> Par exemple, le Statut de l'Eglise Orthodoxe Roumaine est reconnu par la Décision du Gouvernement n° 53/2008, publiée dans le M. Off. N°. 50 du 22 janvier 2008.
- <sup>15</sup> La doctrine civile le qualifie comme un acte civil unilatéral *statutaire*. Pour des détails, voir P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 138-152.
- <sup>16</sup> En ce qui concerne les dispositions de la Loi n° 69/2000 de l'éducation physique et du sport à propos des attributions d'intérêt public (la prévention de la violence dans le domaine sportif, respectivement du phénomène du dopage – art. 27 alin. 1 lett. h) et i)) le législateur évite de déléguer leur réglementation à travers des statuts/ règlements, tandis que d'autres attributions, où l'intérêt public n'est pas trop saisissable – l'exercice du pouvoir disciplinaire sur ses membres (lett. e), la délégation est présente, ce qui en dit long sur la nature juridique des actes unilatéraux émis par la fédération dans l'exercice de ces attributions.
- <sup>17</sup> L'intérêt de la fédération pourrait coïncider avec l'intérêt de la majorité de ses membres, qui entre ainsi en colision avec l'intérêt privé immédiat d'un seul membre de la fédération (en l'espèce, le membre sanctionné par l'exclusion): à long terme, aucun club sportif n'a l'intérêt d'avoir des litiges solutionnés par les instances de droit commun, des instances pas trop habituées à la vie sportive et qui, de ce fait, pourrait conduire à la formation d'une jurisprudence contraire à celle-ci. Voilà donc que l'intérêt de la fédération pourrait constituer *un intérêt collectif*, mais celui-ci se distingue fondamentalement de l'intérêt public qui est *un intérêt social*.



## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **ACTUL CIVIL UNILATERAL VS. ACTUL ADMINISTRATIV – REFLECȚII ASUPRA DELEGĂRII CĂTRE PARTICULARI A EXERCIȚIULUI PUTERII PUBLICE**

**Ovidiu PODARU\***

**Rezumat:** *O jurisprudență recentă a stabilit că un act unilateral prin care o federație sportivă a exclus unul dintre membri săi pe motivul unei încălcări grave a statutului are natura juridică a unui act administrativ individual întrucât, raportat la prevederile relevante ale Legii educației fizice și sportului nr. 69/2000, respectiv a Ordonanței nr. 26/2000 privind asociațiile și fundațiile, dacă asemenea asociații au statut de utilitate publică ele pot emite acte administrative prin delegație, exercitând puterea publică cu care legea le-a înzestrat. În realitate, un asemenea act este un act unilateral de natură civilă căci, atunci când federația îl emite, ea nu se comportă ca o autoritate publică ci ca un simplu particular, căci nu exercită puterea publică pe care legea i-a conferit-o. Pe de altă parte, un asemenea act nu pune în aplicare legea imperativă, ci propriul statut, deci nici această condiție cerută de art. 2 alin. 1 lit. c) a Legii contenciosului administrativ nu este îndeplinită.*

**Cuvinte cheie:** *act civil unilateral, act administrativ prin delegație, regim de putere publică, federație sportivă*

#### **A. O introducere**

În ultima vreme, cei pasionați de studiul frontierelor dintre dreptul civil și cel administrativ au putut observa o ofensivă destul de agresivă a dreptului administrativ care tinde a ocupa domenii altădată clasice pentru dreptul civil. Iar una dintre „arme” este aceea de a considera unele acte unilaterale ca fiind acte administrative, profitându-se, probabil, și de interesul redus al civiliştilor față de actul civil unilateral.

O asemenea situație a fost întâlnită recent în jurisprudență<sup>1</sup>. Astfel, o importantă federație sportivă al cărei statut de utilitate publică nu este înafara oricărei discuții<sup>2</sup>, a exclus („dezafiliat”) unul dintre membrii săi printr-o decizie a organului său de conducere, invocând o încălcare gravă, de către acest membru, a statutului federației. Acest membru s-a adresat instanței de contencios administrativ solicitând, în temeiul art. 1 din Legea nr. 554/2004, anularea actului de sancționare. Prima problemă juridică ridicată în speță a fost aceea a naturii juridice a acestui act juridic, cu consecința stabilirii instanței competente să soluționeze acțiunea. Curtea de Apel București a stabilit că acesta este un act administrativ întrucât federațiile care au dobândit statut de utilitate publică sunt, în lumina art. 2 alin. 1 lit. b) din Legea contenciosului administrativ,

autorități publice asimilate, iar puterea de sancționare disciplinară reprezintă, în esență, o formă a exercițiului puterii publice, actul juridic astfel emis fiind, la rândul său, o modalitate de punere în aplicare a legii speciale (Legea nr. 69/2000 a educației fizice și sportului<sup>3</sup>) care permite exercitarea puterii disciplinare cu condiția respectării statutelor și regulamentelor proprii ale federației.

Ne propunem în continuare să analizăm mai îndeaproape această situație, pentru a trasa o limită mai clară între actul civil unilateral și actul administrativ.

## **B. Natura juridică a Federației – un criteriu insuficient**

Potrivit prevederilor art. 2 alin. 1 lit. b) teza a II-a din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, „sunt asimilate autorităților publice, în sensul prezentei legi, și persoanele juridice de drept privat care, potrivit legii, au obținut statut de utilitate publică sau sunt autorizate să presteze un serviciu public, în regim de putere publică”. Acest text legal trebuie coroborat cu reglementările cuprinse în art. 35 din Legea nr. 69/2000 a educației fizice și sportului potrivit cărora „(1) Federațiile sportive naționale sunt structuri sportive de interes național, constituite prin asocierea cluburilor sportive și asociațiilor județene și ale Municipiului București, pe ramuri de sport. (2) Potrivit prezentei legi, federațiile sportive naționale sunt persoane juridice de drept privat, de utilitate publică, autonome, neguvernamentale, apolitice și fără scop lucrativ. (3) Dobândirea personalității juridice se face în condițiile legii”. Din aceste prevederi s-ar putea desprinde concluzia, nu ferită de orice critică, în sensul că **o federație sportivă, legal constituită, este o autoritate publică asimilată**<sup>4</sup>.

Dar această premisă a analizei noastre nu înseamnă decât faptul că, **în abstract**, o federație poate avea calitate procesuală pasivă în contenciosul administrativ; însă, pentru a ajunge la concluzia finală a instanței de fond trebuie să stabilim mai înainte că, **în concret** (adică într-un raport juridic anume, în mod automat), **federația sportivă în cauză s-a comportat ca o autoritate publică, exercitând puterea publică pusă la dispoziția sa prin lege**.

Or, așa cum am arătat și cu altă ocazie<sup>5</sup>, orice persoană juridică de drept public are, în fapt, o personalitate juridică dublă (duală, scindată): una administrativă, care îi permite să exercite puterea publică prin emiterea de acte administrative, și una civilă, pe care legea i-o pune la dispoziție în vederea încheierii/emiterii unor acte juridice civile. Iar dacă așa stau lucrurile cu autoritățile administrative veritabile (ex.: Guvernul<sup>6</sup>), cu atât mai mult situația trebuie să stea tot astfel cu autoritățile administrative asimilate. Ba mai mult, dacă în cazul autorităților administrative veritabile, capacitatea administrativă este regula (căci aceste autorități au fost create de către legiuitor cu scopul primordial de a exercita puterea publică, nu de a se comporta ca simpli particulari) iar capacitatea civilă este excepția, dimpotrivă, în cazul autorităților administrative asimilate, regula rămâne capacitatea civilă (să nu uităm că, la origini, **federațiile sportive sunt persoane juridice de drept privat**) și numai în mod excepțional putem vorbi și de o capacitate administrativă. Prin urmare, faptul că **o federație sportivă ar putea avea în abstract exercițiul puterii publice, nu înseamnă în mod automat că aceasta a și fost exercitată într-o situație anume**.

În consecință, ceea ce trebuie într-adevăr să determinăm este dacă, prin hotărârea de excludere a unui membru, organul de conducere al federației sportive a exercitat puterea publică pusă prin lege la îndemâna sa, sau nu.

### **C. Criteriile neîndeplinite de hotărârea de excludere pentru a avea natura unui act administrativ:**

Pornind de la prevederile art. 2 alin. 1 lit. c) al legii contenciosului administrativ, trăsăturile pe care trebuie să le întrunească o manifestare de voință pentru a putea fi considerată act administrativ sunt următoarele: (1) unilateralitatea; (2) regimul de putere publică; (3) obiectul său – organizarea aplicării legii ori executarea în concret a legii<sup>7</sup>; (4) producerea de efecte juridice. Dintre acestea, la o analiză mai atentă, cel puțin a doua și a treia nu sunt întrunite în cazul supus analizei.

#### **1. Regimul de putere publică**

Am explicat pe larg cu altă ocazie<sup>8</sup> cum deosebim un act unilateral emis în regim de drept public de unul emis în regim de drept privat. În esență, într-un exercițiu de imaginație, substituim autorul actului cu o persoană privată. Iar dacă în urma acestei înlocuiri emiterea actului în cauză rămâne la fel de plauzibilă, acesta nu poate fi decât un act de drept privat pentru că, putând fi emis și de un particular, n-a fost nevoie de exercițiul puterii publice pentru acest act; dimpotrivă, dacă emiterea actului de către un particular trece dincolo de limitele plauzibilului, atunci cu siguranță că actul a fost emis de către autoritatea publică cu ajutorul puterii publice care i-a fost conferită de lege căci, în mod evident, singurele acte juridice pe care un particular nu le poate încheia/emite sunt acelea care necesită exercițiul puterii publice.

Or, în speță, suntem în prezența unui act juridic prin care o federație (structură asociativă) stabilește, prin organul său competent potrivit statutului, excluderea unui membru pentru o presupusă încălcare a aceleiași Statut. Se poate constata cu ușurință faptul că o asemenea hotărâre poate fi adoptată de orice persoană juridică de drept privat (asociație, societate comercială etc.) care aplică sancțiunea extremă unui membru al său în condițiile propriului statut<sup>9</sup>. Astfel, statutul special de „utilitate publică” a federației este irelevant într-o asemenea situație și, prin urmare, se poate susține că, atunci când a luat hotărârea excluderii unui membru al său, această federație nu a utilizat în niciun fel puterea publică pusă la îndemâna sa de către legiuitor.

Tot legat de această condiție, o discuție interesantă poate fi demarată cu privire la caracterul unilateral al acestei hotărâri<sup>10</sup>. Deși în mod formal acest caracter trebuie recunoscut hotărârii, căci ea are un singur autor – organul de conducere a federației, la o analiză mai profundă, cel puțin în dreptul administrativ veritabilul caracter unilateral este independent, în mod absolut, de vreun consimțământ al destinatarului actului<sup>11</sup>. Or, în speța de față, actul de excludere, întemeiat pe prevederile Statutului, are la bază un consimțământ – este adevărat, dat anticipat și, deci, indirect – al destinatarului actului (consimțământul dat în mod abstract ca organul competent să aplice sancțiunile statutare oricărui membru al federației - deci și lui însuși - care ar încălca prevederile acestui statut).

#### **2. Punerea în aplicare a legii**

Rațiunea de a fi a administrației publice este aceea a de pune în aplicare **legea**. Mai exact legea imperativă<sup>12</sup>, adică acele norme care trebuie să se impună, chiar cu forța,

tuturor subiecților de drept, astfel încât interesul public să poată prevala întotdeauna. La urma urmei, acesta este interesul public abstract al oricărui act administrativ: necesitatea ca prevederile imperative ale legii să triumfe în orice situație. Prin urmare, pentru a se ajunge la acest deziderat, tot legea este aceea care stabilește în sarcina autorităților administrative, atribuții al căror exercițiu nu este, în principiu, o facultate (libertate) ci o obligație. Spunem astfel că organele administrative în cauză, exercitând atribuțiile legale respective în vederea aplicării legii, utilizează puterea publică cu care au fost înzestrate (iată deci că această condiție a actelor administrative este în strânsă legătură cu precedentă).

Pentru a stabili exact dacă hotărârea din speță îndeplinește această condiție legală trebuie să stabilim dacă (a) prin aceasta se pune în aplicare legea sau Statutul propriu al federației; (b) dacă acest statut poate fi asimilat unei legi și, în fine, (c) care este soluția în ipoteza unui act care, cel puțin în aparență, pune în aplicare atât o prevedere legală cât și una statutară.

**a) Hotărârea analizată pune în aplicare prevederile Statutului Federației** (aspect recunoscut în principiu și de instanța care a pronunțat sentința analizată). În primul rând, chiar această hotărâre judecătorească apreciază că reclamanta a încălcat **prevederile Statutului (art. 14 și art. 57)** și, prin urmare, aceasta a fost exclusă în temeiul **art. 18 alin. 2 coroborat cu art. 18 alin. 1 din Statut**. Așadar, nicio trimitere la prevederi legale, ci doar la prevederi statutare. Pe de altă parte, aceeași hotărâre constată, pentru a se aplica sancțiunea extremă că, prin acțiunile sale, membrul sancționat a adus „grave prejudicii de imagine federației”. Or, acestea fiind persoane juridice de drept privat, este evident că **hotărârea analizată nu a fost emisă în interes public (nici măcar la nivel declarativ), lucru de asemenea permis de către Statut**. Toate aceste constatări îndepărtează această hotărâre de natura juridică de act administrativ<sup>13</sup>.

#### **b) Statutul unei federații nu poate fi asimilat legii.**

În ce ne privește, considerăm că sintagma „lege” din definiția actului administrativ oferită de Legea nr. 554/2004 trebuie interpretată în sens strict: actul provenind de la Parlament având această denumire, la care se adaugă ordonanțele Guvernului (simple sau de urgență). Însă, având în vedere că există acte administrative care organizează aplicarea legii (actele normative) după care altele aplică în mod concret legea (cele individuale)<sup>14</sup>, forțând puțin termenul de „lege” din definiția actului administrativ, am putea susține – la limită, este adevărat, - că acesta ar îngloba și actele administrative normative de organizare a aplicării legii. Însă Statutul unei federații nu intră nici măcar în această categorie, din cel puțin două considerente distincte:

(i) organic și formal nu suntem în prezența unui act administrativ. Astfel, există Statute ale unor persoane private declarate de utilitate publică pentru a căror intrare în vigoare este necesară aprobarea printr-un act administrativ veritabil (de pildă, statutul cultelor recunoscute oficial trebuie recunoscut prin hotărâre de Guvern<sup>15</sup>). Or, în cazul federațiilor sportive nu este necesar decât un aviz al Ministerului Tineretului și Sportului (art. 36 din Legea nr. 69/2000), situația fiind, așadar, complet diferită. De altfel și Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia nr. 4285/2009 (precitată) a stabilit că statutul unei federații (în cea speță Federația Română de Fotbal) nu este act administrativ;

(ii) material de asemenea nu suntem în prezența unui act administrativ întrucât, în primul rând, un asemenea statut nu este emis în interes public, ci în interesul privat al membrilor Federației și al Federației însăși. Or, scopul de interes public este un element esențial al oricărui act administrativ, element pe care statutul unei federații sportive nu-l are.

În consecință, cum acest statut reprezintă un act juridic de ordine privată<sup>16</sup>, punerea sa în aplicare nu poate fi făcută decât **tot printr-un act privat**, iar nu printr-un act administrativ.

**c) Situația complexă în care un act juridic pare a pune în aplicare atât o lege imperativă cât și un act normativ de ordine privată. Arbitrul: interesul public.**

Curtea de Apel București a apreciat că hotărârea în cauză este un act administrativ întrucât „...aceasta a fost emisă în exercitarea prerogativelor prevăzute de dispozițiile art. 18 alin. 2 din Statutul federației, adoptat în aplicarea dispozițiilor art. 37 alin. 1 lit. e) din Legea nr. 69/2000 («exercită puterea disciplinară în termenii prevăzuți de prezenta lege și potrivit statutelor și regulamentelor proprii»), care sunt prin natura lor prerogative de putere publică...”. Și, într-adevăr, actul în cauză, cel puțin în mod aparent pune în aplicare atât prevederile legii (mai abstracte) cât și cele ale Statutului (mai concrete); și atunci se ridică întrebarea în ce măsură se poate considera că, într-o asemenea ipoteză, condiția legală este îndeplinită pentru ca actul în cauză să poată fi considerat un act administrativ? În ce ne privește, considerăm că două criterii pot fi utilizate pentru a putea ieși din dilemă:

(i) primul: scopul de interes public al actului individual. Astfel, ori de câte ori actul este emis într-un asemenea scop, cu siguranță că se tinde mai degrabă la punerea în aplicare a prevederilor imperative ale unei legi; dimpotrivă, ori de câte ori se observă că actul individual este emis mai degrabă într-un scop privat, el tinde să pună în aplicare în principal prevederile statutare<sup>17</sup>. Or, așa cum am arătat, hotărârea analizată este emisă mai degrabă în interes privat decât în interes public<sup>18</sup>;

(ii) al doilea: verificarea caracterului imperativ al legii, respectiv dacă prerogativa exercitată prin emiterea actului individual ar fi existat și în lipsa textului de lege „pus în aplicare”. Astfel, **puterea publică nu poate fi exercitată decât dacă un text expres de lege autorizează aceasta în mod expres**. Iată de ce, în lipsa unui asemenea text legal, exercițiul acestei puteri este imposibil. Și asta pentru că, fiind în domeniul dreptului public, este permis numai ceea ce este permis în mod expres de lege (căci exercițiul puterii publice are de regulă ca efect îngădirea unor drepturi și libertăți individuale). Dimpotrivă, legislația specifică dreptului privat (format în jurul noțiunii de „libertate”) nu face altceva decât să recunoască niște conduite care oricum ar fi fost permise și în lipsa unui asemenea text, să zicem în baza „dreptului natural”. Este astfel, destul de greu de crezut că, dacă reglementarea principiului libertății contractuale ar fi abrogată fără niciun fel de explicație, n-ar mai exista libertate contractuală (dimpotrivă, dacă ar fi abrogată fără niciun fel de explicație atribuția primarului de a emite autorizații de construire, fără îndoială că acesta n-ar mai avea această competență). Or, nu ne mai rămânem decât să răspundem la o întrebare simplă: chiar presupunând că este vorba despre exercițiul puterii disciplinare (acesta este un alt aspect controversat al speței, care însă nu face obiectul prezentei analize), oare această putere disciplinară ar fi putut fi exercitată de către Federație exclusiv în temeiul statului său propriu și în lipsa prevederii art.

27 alin. 1 lit. e) din Legea nr. 69/2000? Răspunsul nu poate fi decât pozitiv. Puterea disciplinară este specifică și dreptului muncii (ramură a dreptului privat), dar așa cum am arătat deja, este oricum o chestiune de drept privat în viziunea legiuitorului căci, atunci când a fost adoptată Ordonanța nr. 26/2000, această problemă nu a fost considerată una imperativă, fiind lăsată exclusiv la latitudinea membrilor asociațiilor/federațiilor care puteau să o reglementeze după cum considerau de cuviință, așadar după cum le dictau interesele lor private. Astfel, această putere rezultă mai degrabă din acordul părților decât dintr-o prevedere legală cu caracter imperativ. Prin urmare, **în speță nu poate fi vorba despre exercițiul puterii publice.**

#### D. O scurtă concluzie

Raportat la cele de mai sus, nu putem concluziona decât că **o hotărâre de sancționare a unui membru al unei federații sportive de către organele de conducere ale acesteia are natura unui act unilateral de drept privat iar nu a unui act administrativ.** Consecința imediată a acestei constatări este aceea că instanțele de contencios administrativ nu sunt competente să se pronunțe cu privire la legalitatea acesteia, doar instanțele civile putând cenzura eventuala nelegalitate a acestora, prevederile art. 7 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ, referitoare la procedura administrativă prealabilă, neavând nici ele aplicabilitate.

---

\* Autorul este conferențiar universitar la Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj-Napoca, doctor în drept din anul 2003, titular al disciplinelor *Drept administrativ (I și II)* și *Drept contravențional* - nivel licență, respectiv *Contracte administrative* și *Dreptul urbanismului* - nivel master; opodaru@law.ubbcluj.ro.

<sup>1</sup> Curtea de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, Încheierea din 12.12.2011, respectiv sent. civ. nr. 4230/25.06.2012 (nepublicate).

<sup>2</sup> A se vedea mai jos, considerațiile cuprinse în nota 5 de la subsol.

<sup>3</sup> Publicată în M. Of. nr. 200 din 9 mai 2000

<sup>4</sup> Nu este de neglijat nici argumentarea instanței noastre supreme (I.C.C.J., s.c.a.f., dec. civ. nr. 4285/2009, nepublicată) în sensul că o federație nu poate avea acest caracter atâta timp cât nu există o hotărâre de guvern care să ateste, *în cazul expres al acesteia*, caracterul de utilitate publică. Altfel spus, se pune problema dacă o federație sportivă dobândește de drept, prin simpla sa înființare, ori numai urmând procedura legală, finalizată cu o hotărâre de guvern, de atestare a statutului de utilitate publică. Discuția depășește limitele analizei pe care ni le-am propus în prezentul studiu, astfel că, în continuare vom analiza doar cazul mai interesant (deci mai „discutabil” din perspectiva problemei juridice care ne interesează), acela în care, *ope legis*, unei federații îi este recunoscut statutul de utilitate publică.

<sup>5</sup> Ov. Podaru, *Actul administrativ. Repere pentru o teorie altfel*, Ed. Hamangiu & Sfera juridică, București, 2010, nr. 55

<sup>6</sup> Pe de o parte acesta exercită puterea publică atunci când emite hotărâri în exercițiul atribuțiilor stabilite prin Legea nr. 90/2001; pe de alta însă, el are și o capacitate civilă care îi permite, bunăoară, să încheie un contract civil în anumite condiții restrictive – art. 13 alin. 1 lit. a) din OUG nr. 34/2006 ori să accepte un legat.

<sup>7</sup> Vorbim astfel despre „organizarea aplicării legii” ori de câte ori organul administrativ competent adoptă acte administrative normative care detaliază prevederile legale pregătind, astfel, aplicarea concretă a acesteia (bunăoară, anumite Norme metodologice aprobate prin hotărâre de guvern sau ordin al ministrului de profil), respectiv de „executarea în concret a legii” atunci când organul administrativ emite acte individuale care dau naștere la drepturi ori obligații în favoarea/sarcina persoanelor fizice sau juridice vizate de lege, respectiv de actul administrativ normativ care organizează aplicarea acesteia.

<sup>8</sup> Ov. Podaru, *op.cit.*, p. 10, nota 2 de la subsol

<sup>9</sup> Astfel, analizând prevederile Ordonanței nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații (publicată în M. Of. nr. 39 din 31 ianuarie 2000), vom observa că problema excluderii unui membru din asociație/federație nu este reglementată deloc de normele legale, fiind astfel lăsată în totalitate la latitudinea asociațiilor/membrilor federațiilor care o pot reglementa liber prin statutele lor. Or, acest lucru vădește clar **o problemă de drept privat**.

<sup>10</sup> Este motivul pentru care nu am negat încă din capul locului îndeplinirea, de către hotărârea în cauză, și a condiției unilateralității.

<sup>11</sup> Pentru detalii, a se vedea și Ov. Podaru, *op.cit.*, nr. 11 și urm.

<sup>12</sup> Există și prevederi legale suplative, majoritatea ținând de dreptul privat, care nu interesează aici.

<sup>13</sup> Cu totul alta ar fi situația, fără îndoială, în cazul în care organul competent ar exclude din activitățile sportive, pe un anumit interval de timp, un sportiv oarecare pe motiv de dopaj. În această ipoteză, trecând peste faptul că, probabil, s-ar pune în aplicare dispoziții imperative ale reglementărilor anti-doping (iar nu a unui statut), și că actul s-ar referi nu la un membru al federației ci la un terț, un asemenea act **este vizibil emis în interes public**, căci ceea ce se apără sunt valori extrem de importante pentru sport: *fair-play-ul*, competiția corectă, respectul adversarilor, și, de ce nu, chiar sănătatea sportivilor în general. Iată deci că, într-o asemenea situație, la fiecare dintre condițiile analizate mai sus situația este radical schimbată (observație care ne convinge încă o dată că aceste condiții sunt interdependente).

<sup>14</sup> Pentru detalii cu privire la acest mecanism, a se vedea Ov. Podaru, *op.cit.*, nr. 8. De pildă, Codul rutier mai întâi este *organizat sub aspectul aplicării*, adoptându-se astfel un Regulament de aplicare, apoi este *pus efectiv în practică* prin acte individuale (printre care și procesele-verbale de contravenție întocmite în sarcina celor care nu respectă prevederile legii ori ... chiar ale Regulamentului!!!)

<sup>15</sup> Bunăoară, Statutul Bisericii Ortodoxe Române este recunoscut prin HG nr. 53/2008, publicată în M. Of. nr. 50 din 22 ianuarie 2008.

<sup>16</sup> Doctrina civilă îl califică drept act civil unilateral *statutar*. Pentru detalii, a se vedea P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 138-152.

<sup>17</sup> În ce privește prevederile Legii nr. 69/2000 a educației fizice și sportului cu privire la atribuțiile federațiilor, observăm și următorul aspect: că ori de câte ori este vorba despre atribuții de interes public (prevenirea violenței în sport, respectiv a fenomenului de dopaj – art. 27 alin. 1 lit. h) și i)) legiuitorul evită delegarea reglementării acestora prin statute/regulamente, în vreme ce alte atribuții, în care interesul public nu e prea sesizabil – exercițiul puterii disciplinare asupra membrilor săi (lit. e) delegarea este prezentă, lucru care ar putea spune multe despre natura juridică a actelor unilaterale emise de federație în exercițiul acestor atribuții.

<sup>18</sup> Interesul federației s-ar putea suprapune cu interesul majorității membrilor acesteia, care intră astfel în coliziune cu interesul privat imediat al unui singur membru al federației (în speța noastră, membrul sancționat cu excluderea): pe termen lung, niciun club sportiv nu are interesul să existe litigii soluționate de instanțele de drept comun, instanțe nu prea obișnuite cu viața sportivă și care, astfel, ar putea contura o jurisprudență contrară acesteia. Iată, deci, că interesul federației ar putea constitui un *interes colectiv*, însă acesta se deosebește fundamental de interesul public care este un *interes social*.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **CONFIGURAȚII GENERALE ALE DISCERNĂMÂNTULUI ÎN DREPTUL CIVIL ROMÂN**

**Raluca SZEKELY\***

**Abstract:** *General configurations of the discernment in Romanian civil law. The current paper focuses on a critical analysis of the legal connotations of discernment. Our Civil Code has made a step forward towards embracing this non-legal (i.e., psychological) concept, by explicitly mentioning it throughout its articles. We offer a critical review of these articles, in order to create a general contemporary image of how discernment is defined and understood by the Romanian legislator. Also, we explore which are the main legal consequences associated with this concept.*

*Historically, indirect references to the concept of discernment date back to the Roman period. They can also be found in the old Romanian laws and classical Romanian doctrine. In a historical analysis on this matter we identify the terminological precursors of discernment, as well as the original account of the disputed doctrinary term of “natural incompetence”.*

*The final section of the article encompasses a critical overview of the existing doctrine related to discernment. We highlight the importance of fully understanding this concept, as it is embedded in the structure of three fundamental legal concepts: civil competence, consent and delictual responsibility.*

**Cuvinte cheie:** *discernământ, Cod civil, perspective istorice, capacitate de exercițiu, consimțământ, răspundere delictuală*

**Keywords:** *discernment, Civil Code, historical perspectives, civil competence, consent, delictual responsibility*

Profesorul Mircea Mureșan era de părere că practica judiciară exprimă rezultatul unei riguroase munci de analiză și interpretare a normelor de drept. Temeinicia și caracterul științific și veridic al teoriei dreptului civil, considera profesorul Mureșan, poate fi verificată cu acest instrument, practica instanțelor fiind și un valoros izvor de inspirație<sup>1</sup>. Analiza noțiunii de discernământ a fost de-a lungul timpului lăsată în bună parte la aprecierea instanțelor. În lipsa unui cadru legislativ și doctrinar omogen, instanțele au trebuit să utilizeze într-un mod creativ toate resursele disponibile pentru a întocmi actul de justiție...

#### **1. În căutarea unei definiții a discernământului**

În vederea conturării unei definiții juridice a discernământului, am încercat să identificăm mai întâi cadrul legislativ relevant. Legislația autohtonă oferă o definiție legală



(generică, s.n.) a discernământului, în Legea nr. 487/2002 republicată. Legea sănătății mintale și a protecției persoanelor cu tulburări psihice precizează în articolul 5 litera k) ceea ce urmează a se înțelege prin discernământ: „componenta capacității psihice, care se referă la o faptă anume și din care decurge posibilitatea persoanei respective de a aprecia conținutul și consecințele acestei fapte”. Așadar, deducem din această definiție că discernământul se referă la un element de fapt de natură psihologică, care însă este o condiție *sine qua non* în percepția adecvată a unei fapte sau acțiuni. Această definiție este foarte generoasă ca arie de cuprindere, vorbind despre fapte în general și despre o componentă de natură psihică a persoanei. Interesul nostru, însă, este acela de a contura noțiunea de discernământ strict din perspectiva dreptului civil, dată fiind relevanța acesteia și în dreptul penal.

Codul civil în vigoare (Legea nr. 287/2009), deși face numeroase trimiteri la discernământ<sup>2</sup>, aparent, nu oferă o definiție expresă a acestuia. Probabil că legiuitorul, cel puțin în acest caz<sup>3</sup>, a urmat sfatul unui eminent jurist roman: *omnis definitio in jure civili periculosa est; parum est enim, ut non subverti posset*<sup>4</sup>. Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a Codului civil a curmat, însă, orice dubiu, oferind în mod indirect o definiție a discernământului. Astfel, art. 211 din lege introduce o clarificare pentru noțiunile de alienație și debilitate mintală. Prin acestea se înțelege o boală/un handicap psihic care determină „incompetența psihică a persoanei de a acționa critic și predictiv privind consecințele social-juridice care pot decurge din exercitarea drepturilor și obligațiilor civile”. *Per a contrario*, din această definiție legală se poate deduce<sup>5</sup> că discernământul sau *competența psihică* se referă la capacitatea persoanei de a-și exercita (în fapt, s.n.) drepturile și obligațiile, analizând și anticipând corect eventualele consecințe care decurg din acțiunile sale. Această definiție nu considerăm că aduce elemente de noutate față de cea enunțată de Legea nr. 287/2002, ci doar particularizează conceptul pentru a servi strict dreptului civil. În ceea ce ne privește, vom căuta să evităm construirea de definiții pentru discernământ, urmărind mai degrabă să conturăm principalele valențe juridice pe care le primește această noțiune de origine psihologică în relație cu diferite instituții de drept privat.

## 2. Discernământul în reglementarea Codului civil în vigoare

În abordarea problematicii discernământului, un prim demers pe care îl considerăm potrivit este acela de a trece în revistă acele articole din Codul civil în care se face apel la discernământ pentru a reglementa diferite materii de drept civil. Scopul acestui „inventar” al Codului este de a identifica principalele articole în care legiuitorul a considerat de cuviință să reglementeze expres aspecte privitoare la discernământ. Vom deduce caracteristicile de natură juridică pe care le dobândește noțiunea de discernământ, analizând formulele alese de legiuitor în acest sens.

Începem inventarul cu unele precizări. În contrast cu vechiul Cod civil, care nu conținea referiri la noțiunea de discernământ<sup>6</sup>, în actualul Cod, noțiunea de discernământ se pare că a fost îmbrățișată de legiuitor. Credem că motivul pentru care în vechea reglementare a Codului civil nu se făceau deloc referiri la discernământ este același cu motivul pentru care doctrina a evitat în mod constant să analizeze conceptul – discernământul excede (în parte,

s.n.) sfera juridicului<sup>7</sup>. Actualul legiuitor, însă, nu doar că a integrat o parte din doctrina existentă până la data elaborării Codului civil, dar a reușit să genereze în anumite materii veritabile efecte juridice atribuite discernământului. Totuși, vom privi critic această decizie a legiuitorului de a acorda atenție unui concept extrajuridic (psihologic), deoarece viziunea sa asupra acestui concept a rămas, în opinia noastră, relativ eterogenă și neclară.

Prima referire expresă la conceptul de discernământ o găsim în art. 68 alin. 2 C. civ., și se referă la interzicerea prelevării de organe, țesuturi și celule de origine umană de la donatori în viață care sunt minori sau cărora le lipsește discernământul. În cazul persoanelor cu discernământul absent, legiuitorul a adăugat și o serie de cauze posibile: handicap mintal, tulburări mintale grave<sup>8</sup> sau alt motiv similar. Așadar, discernământul poate fi afectat de un handicap mintal, o tulburare mintală gravă sau un alt motiv de acest gen.

În comparație cu definiția din legea de punere în aplicare a Codului civil, art. 211, observăm că legiuitorul a ales în art. 68 să nu folosească termenii de alienație/ debilitate mintală și nici pe cei sinonimi, handicap psihic/tulburare psihică. Remarcăm tendința legiuitorului de a utiliza termeni mai puțin degradanți<sup>9</sup>. În acest caz, legiuitorul a adăugat „alte motive similare”, probabil pentru a lărgi aria de cuprindere a interdicției instituite, dar s-a referit în același timp doar la tulburări mintale *grave*, pentru a nu extinde excesiv sfera interdicției. Ne punem, prin urmare, întrebarea: ce se înțelege prin tulburare mintală gravă? Probabil că gravitatea va fi apreciată în fiecare caz nu în funcție de dizabilitate în general, ci în funcție de gradul de afectare a capacității persoanei de a da un consimțământ valabil<sup>10</sup> strict în situația dată. De menționat este și faptul că nu se face niciieri referire la persoane puse sub interdicție judecătorească. Credem că este vorba de aceeași rațiune - de a extinde domeniul de aplicare al articolului în cauză, în fapt, fiind suficientă prezența tulburării mintale<sup>11</sup>.

Găsim, de asemenea, o mențiune expresă în art. 164 C. civ.: „Persoana care nu are *discernământul* necesar pentru a se îngriji de interesele sale, din cauza *alienației* ori *debilității* mintale, va fi pusă sub interdicție judecătorească”. O primă observație este aceea că legiuitorul a revenit la denumirile de alienație și debilitate mintală, fără a se mai ține cont problema terminologică analizată mai sus. În plus, rezultă din acest articol că, în comparație cu art. 68 alin. 2, punerea sub interdicție judecătorească privește doar pe cei alienați sau debili mintal, nu și pe cei cărora le lipsește discernământul din alte motive similare. Chiar dacă există această asimetrie terminologică, considerăm justă alegerea legiuitorului de a restrânge aplicarea interdicției judecătorești. O dată instituită, interdicția afectează o sferă mai largă de decizii relevante din punct de vedere juridic (i.e., nu doar pe cele strict legate de prelevare de organe)<sup>12</sup>.

Tot în materia ocrotirii interzisului judecătorec, art. 172 prevede că sunt anulabile actele juridice încheiate de persoana pusă sub interdicție, chiar dacă aceasta *ar fi avut discernământ* la momentul încheierii lor. Nulitatea relativă în acest caz, fiind o nulitate de protecție a interzisului fondată pe lipsa capacității de exercițiu a acestuia, va putea fi invocată doar de interzis sau reprezentantul său<sup>13</sup>. Observăm că prezumția de absență a discernământului la această categorie de persoane prevalează chiar și în fața eventualelor probe pe care cealaltă parte contractuală le-ar putea aduce pentru a demonstra că persoana respectivă a avut discernământ. Rolul discernământului în acest

caz pare să fie diminuat de prezumția amintită, ceea ce, în opinia noastră, întărește ideea că în plan juridic s-a dorit limitarea relevanței acestui concept psihologic în determinarea valabilității unui act juridic. De altfel, într-o opinie recentă pe marginea acestui articol de lege, s-a argumentat că <<nu starea psihică concretă este sancționată, ci nerespectarea unei condiții legale privind capacitatea>><sup>14</sup>.

O altă mențiune expresă referitoare la discernământ o identificăm în Titlul II, Capitolul IV, Secțiunea a II-a din Codul civil, în materia căsătoriei. Articolul 299, intitulat „Lipsa discernământului”, prevede că este lovită de nulitate relativă „căsătoria încheiată de persoana lipsită vremelnic de discernământ”. Notăm câteva aspecte care reies din această reglementare. În primul rând, observăm că articolul introduce sintagma - persoană căreia îi lipsește temporar discernământul, trimitând la ideea de *incapacitate naturală*, cum a numit-o doctrina clasică<sup>15</sup>. În al doilea rând, se remarcă sancțiunea nulității relative și nu cea a nulității absolute, ca în cazul alienațiilor și debilizilor mintali (art. 276 C. civ., s.n.), soluție cel puțin discutabilă<sup>16</sup> în materia căsătoriei. Practic, legiuitorul face o distincție în plan sancționator între alienația și debilitatea mintală din structura interdicției judecătorești și ca stări de fapt, pe de o parte și, pe de altă parte, lipsa discernământului din alte cauze (stări de fapt temporare, s.n.). Facem trimitere în acest sens la art. 276 C. civ., care interzice căsătoria alienatului sau debilului mintal, căreia îi atașează la art. 293 alin. 1 sancțiunea nulității absolute. În acest caz, legiuitorul a dorit de fapt să protejeze cu această sancțiune atât persoanele puse sub interdicție, cât și pe cele alienate/debile mintal nepuse sub interdicție<sup>17</sup>. În practică, acest lucru va facilita soluția instanței de a declara căsătoria ca fiind nulă absolut în conformitate cu art. 293 alin. 1 C. civ., fără a mai conta dacă persoana în cauză a fost sau nu pusă sub interdicție. Considerăm că acesta poate fi un caz în care se acordă unei stări de fapt (alienație/debilitate mintală) de natură să afecteze în primul rând discernământul, ca element structural al consimțământului, o sancțiune acordată în general în prezența unei stări de drept. Soluția are la bază concepția lipsei totale a consimțământului<sup>18</sup>, or, dacă discernământul ar fi afectat din alte cauze (ex. beția, somnambulismul, furia puternică<sup>19</sup>), sancțiunea devine nulitatea relativă (!)<sup>20</sup>.

Art. 301 C. civ. prevede, între altele<sup>21</sup>, că termenul de prescripție pentru a cere anularea căsătoriei pentru lipsa discernământului curge de la data la care cel interesat a cunoscut lipsa vremelnică a discernământului. Atribuirea unui termen de prescripție prezintă importanță în condițiile în care art. 303 alin. 2 prevede posibilitatea de acoperire a nulității relative în cazul în care soții au conviețuit timp de 6 luni de la data descoperirii *lipsei vremelnice a facultăților mintale*<sup>22</sup>. Din nou, rămâne discutabil în ce măsură unei persoane care nu a consimțit în mod valabil la o căsătorie i se poate opune prescripția dreptului de a cere anularea căsătoriei și mai mult, în 6 luni de la descoperirea acestei lipse a discernământului, în caz de conviețuire, căsătoria să devină perfect valabil încheiată. Ne punem problema pe cine doresc aceste texte să ocrotească<sup>23</sup>? În acest sens, de pildă, ne putem imagina o persoană cu o tulburare psihică episodică sau o tulburare de personalitate, care nu ar intra în categoria alienație/debilitate mintală. Aceasta poate să încheie o căsătorie chiar dacă nu și-a exprimat în mod valabil consimțământul la momentul încheierii căsătoriei, iar anulabilitatea acestei căsătorii să fie limitată de termenul de 6 luni de la descoperirea lipsei discernământului. Opinia noastră este că legiuitorul a ales aceste soluții în lumina unei perspective relativ neclare asupra

cea ce înseamnă discernământ, așa cum este el conceptualizat în alte ramuri ale științei (ex., psihiatrie, psihologie clinică)<sup>24</sup>.

Dacă *lipsa discernământului* este invocată *expressis verbis* în articolele trecute deja în revistă, în materia recunoașterii filiației în cazul recunoașterii copilului de către minorul necăsătorit (cu capacitate de exercițiu restrânsă, s.n.<sup>25</sup>), art. 417 C. civ. prevede că: „Minorul necăsătorit îl poate recunoaște singur pe copilul său, dacă are discernământ la momentul recunoașterii”. Cu privire la condiția *prezenței discernământului* la momentul recunoașterii filiației, s-a apreciat că în cazul minorului cu vârsta mai mică de 14 ani, recunoașterea se va putea face în baza un expertize de specialitate, care să determine existența discernământului<sup>26</sup>. Cu toate că lipsa discernământului nu este prevăzută ca un caz de nulitate relativă în această materie, într-o interpretare *per a contrario*<sup>27</sup> a art. 417, opinia doctrinară este aceea că ne aflăm în prezența unui caz de nulitate relativă virtuală<sup>28</sup>.

În materia adopțiilor se face, de asemenea, mențiune expresă la discernământ în legătură cu consimțământul la adopție. Astfel, art. 463 alin. 1 lit. d) prevede că, în vederea încheierii unei adopții, este necesar consimțământul soțului celui care adoptă, „cu excepția cazului în care *lipsa discernământului* îl pune în imposibilitatea de a-și manifesta voința”. După părerea noastră, această formulare a legiuitorului, dacă ar fi luată separat față de articolul în care apare, nu ar face decât să evidențieze rolul discernământului, ca și condiție de valabilitate a consimțământului, aptă să genereze o manifestare de voință producătoare de efecte juridice. Totuși, în contextul articolului de față, prin consimțământ s-a avut în vedere mai degrabă o „neîmpotrivire” la adopție<sup>29</sup>. Așadar, este vorba de situația în care doar unul dintre soți adoptă, iar manifestarea de voință a acestuia este „completată”<sup>30</sup> cu cea a celuilalt soț, însă doar în măsura în care nu îi este afectat discernământul.

Într-o altă secțiune a Codului civil, dedicată succesiunii testamentare, sunt reglementate condițiile de valabilitate a testamentului. Art. 1038 C. civ. conține prevederi referitoare la consimțământul testatorului: „Testamentul este valabil numai dacă testatorul *a avut discernământ* și consimțământul său nu a fost viciat”. Remarcăm formularea în termeni pozitivi a condiției existenței discernământului, probabil modalitatea legiuitorului de a sublinia că prezența discernământului la momentul testării este esențială pentru valabilitatea testamentului. De asemenea, observăm în formularea aleasă de legiuitor că s-a tratat distinct, discernământul ca și condiție (separată și cumulativă, s.n.) de valabilitate a consimțământului față de viciile de consimțământ.

Un aspect pe care dorim să îl subliniem este acela că nu se poate pune semnul egalității între condiția prezenței discernământului și lipsa contestării absenței acestuia. Desigur, existența capacității de exercițiu (art. 988 Cod civil) instituie prezumția existenței discernământului la momentul testării. Ne punem problema dacă această prezumție suficientă pentru a satisface condiția prezenței discernământului, element distinct în structura consimțământului testatorului<sup>31</sup>. Faptul că nu s-a contestat de nimeni lipsa discernământului face oare ca un testament să fie perfect valid? Nu ne propunem aici să găsim un răspuns acestor întrebări, însă dorim să atragem atenția că în practică<sup>32</sup> s-a constatat în ultimul deceniu o creștere a cererilor de expertiză psihiatrică medico-legală efectuate *ante factum*, în vederea stabilirii *prezenței discernământului* la momentul testării.

Următoarea mențiune expresă cu privire la discernământ o găsim în materia contractelor, mai precis, în art. 1205 C. civ., intitulat „Lipsa discernământului”. Legiuitorul a plasat acest articol într-un subcapitol distinct, referitor la valabilitatea consimțământului în materie contractuală. Această decizie a legiuitorului a soluționat o veche dispută doctrinară privitoare la asimilarea lipsei discernământului cu un viciu de consimțământ<sup>33</sup>. Din analiza primului alineat al art. 1205 reies următoarele: 1) lipsa discernământului atrage sancțiunea nulității relative; 2) aceasta trebuie să existe la momentul încheierii contractului și 3) trebuie să fie de natură pună persoana în imposibilitatea de a-și da seama ce consecințele faptelor sale. Întrucât scopul prezentei secțiuni este de a caracteriza noțiunea de discernământ, așa cum este portretizată în actualul Cod civil, deducem, *per a contrario*, concepția legiuitorului asupra noțiunii. Astfel, discernământul, privit prin prisma acestui articol, este acea abilitate care face posibilă pentru individ conștientizarea consecințelor (juridice, s.n.) pe care le au faptele sale în materie contractuală. Mai mult, prin introducerea art. 1205 alin. 2 C. civ., legiuitorul a dorit să reducă dificultatea probării lipsei discernământului la momentul contractării cu o persoană care ulterior a fost pusă sub interdicție, instituind „în premieră o prezumție relativă de incapacitate naturală”<sup>34</sup>.

Ultimele referiri exprese la noțiunea de discernământ în cadrul Codului civil le găsim în materia răspunderii delictuale. Alin. 2 al art. 1349 privind răspunderea delictuală prevede că: „Cel care, *având discernământ*, încalcă această îndatorire”<sup>35</sup> răspunde pentru toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral”. Din nou, aceeași formulă pozitivă, prezența discernământului, apare ca și condiție pentru angajarea răspunderii delictuale. Cu toate acestea, condiția privitoare la discernământ este cerută doar<sup>36</sup> în cazul răspunderii delictuale pentru fapta proprie, reglementată în art. 1357 – 1371 C. civ.. Notăm faptul că, în ceea ce privește condiția existenței discernământului în acest caz, doctrina a asimilat-o noțiunii de capacitate delictuală<sup>37</sup>.

În majoritatea cazurilor de răspundere pentru fapta proprie operează prezumția existenței discernământului, persoana majoră având capacitate delictuală. Prin urmare, înseamnă că persoana majoră va trebui să suporte sarcina probei în vederea stabilirii lipsei sale de discernământ la momentul comiterii faptei. Totuși, găsim limitări ale acestei reguli generale în art. 1366 și art. 1367 C. civ.. Cele două articole prevăd în mod expres cazurile în care lipsa discernământului se prezumă, respectiv, cazurile în care dovada lipsei discernământului eludează angajarea răspunderii. Astfel, art. 1366 stabilește regulile de răspundere delictuală în cazul minorilor și a interzișilor judecătorești, după cum aceștia au împlinit sau nu vârsta de 14 ani – alin. 1 stabilește că în cazul minorului sub 14 ani (și a interzisului judecătoresc) se prezumă (relativ) lipsa discernământului la momentul săvârșirii faptei, iar alin. 2 prevede că minorul peste 14 ani este prezumat ca având discernământ, în ambele cazuri putându-se proba contrariul.

Răspunderea delictuală nu se angajează nici în cazul *altor persoane lipsite de discernământ*, art. 1367 alin. 1 prevăzând că: „cel care a cauzat un prejudiciu nu este răspunzător dacă în momentul în care a săvârșit fapta păgubitoare era într-o stare, *chiar vremelnică*, de *tulburare a minții* care l-a pus în neputință de a-și da seama de urmările faptei sale”. Condiția, în acest caz, este ca persoana aflată într-o stare de tulburare a minții

să nu își fi provocat singură această stare (art. 1367 alin. 2 Cod civil). Ne punem următoarea problemă: ce a vrut legiuitorul să înțeleagă prin „tulburare a minții”? Credem că prin această formulă s-a dorit evocarea unei categorii mai largi, incluzând atât cauze patologice, cât și cauze non-patologice involuntare. În fine, observăm că o altă condiție implicită ce reiese din alin. 1 al art. 1367 ar fi că respectiva tulburare a minții să fie de natură să întunece (complet<sup>38</sup>, s.n.) judecata persoanei, astfel încât aceasta să nu poată aprecia consecințele faptei sale.

Extragem câteva concluzii pe marginea inventarului efectuat în prezenta secțiune, reiterând scopul acestuia - acela de a identifica principalele domenii în care problematica discernământului primește relevanță juridică și de a contura perspectiva legislativă actuală în această materie.

Observăm, mai întâi, că principalele domenii de incidență a problematicii discernământului privesc domenii conexe capacității de exercițiu, consimțământului și a capacității delictuale. De pildă, Codul civil plasează un rol esențial pentru discernământ în cadrul procedurii de instituire a interdicției judecătorești, care poate opera în vederea „anihilării” capacității de exercițiu doar în condițiile în care se probează lipsa discernământului. Totodată, lipsa discernământului este relevantă în materia deciziilor privind prelevarea de organe și mai cu seamă, în materia căsătoriei, recunoașterii filiației, adopției, succesiunii testamentare și a contractelor în general, domenii în care problema consimțământului este esențială. Observăm că în aceste materii legiuitorul a ales să atașeze acestui element de fapt diferite interdicții și sancțiuni pe plan juridic (i.e., nulitatea relativă). În fine, în domeniul răspunderii delictuale, prezența sau absența discernământului este esențială pentru angajarea răspunderii. Discuția privind discernământul în dreptul civil se poartă în mare parte în planul excepțiilor; motivul este acela că sănătatea și maturitatea mintală a persoanei capabile este regula, iar lipsa acesteia, excepția. Totuși, noțiunea de persoană lipsită de discernământ din alte motive decât minoritatea<sup>39</sup> desemnează o categorie relativ eterogenă<sup>40</sup>. Atragem atenția asupra faptului că de clarificarea acestei categorii ar putea să depindă aplicarea unor instituții de drept sau unele efecte juridice...

### **3. Perspective istorice asupra ideii de discernământ**

În prezenta secțiune, vom aborda câteva perspective istorice care pot fi corelate, direct sau indirect, cu noțiunea de discernământ. Scopul acestei incursiuni în legislația și doctrina veche este acela de a oferi un argument „istoric” pentru a susține incidența noțiunii supuse analizei în diferite materii de drept civil. Practic, dacă prin inventarierea Codului civil actual am încercat să conturăm o imagine contemporană asupra problematicii discernământului, în acest capitol dorim să prefigurăm câteva rădăcini istorice care stau la baza acestei imagini. În acest sens, vom discuta câteva aspecte relevante analizei noastre, identificate în dreptul roman, în vechiul drept românesc, dar și în doctrina clasică.

#### **3.1. Considerente privitoare la discernământ în dreptul roman**

În dreptul roman, orice discuție privind discernământul unei persoane era inutilă în absența capacității juridice. Pentru a avea capacitate de folosință (i.e., juridică, sau de

drept) și implicit, personalitate, un individ trebuia să întrunească trei calități – să fie om liber, să fie cetățean și să fie șef de familie<sup>41</sup>. Pierderea a cel puțin uneia dintre aceste calități genera o diminuare a personalității însăși, o incapacitate de drept numită *capitis deminutio*<sup>42</sup>.

Pe lângă capacitate de drept, în vederea participării active la viața juridică, o persoană trebuia să aibă și capacitate de fapt sau, cum o numim azi, capacitate de exercițiu. Aceasta desemna posibilitatea persoanei de a evalua semnificația și consecințele acțiunilor sale<sup>43</sup>. Observăm că definiția capacității de exercițiu era foarte apropiată de cea pe care o oferă Codul civil actual discernământului, ceea ce sugerează că în dreptul roman, a avea capacitate de fapt se confunda în bună parte cu ideea de discernământ. Constantin Stoicescu susținea, în acest sens, că: „Pe cât timp incapacitatea de drept deriva într-un mod cam artificial din voința legiuitorului [...], incapacitatea de fapt ținea seama de natură și, în principiu, se impunea raționalicește oricărei legiuri”. Elementul central incapacității de fapt îl constituia, deci, originea sa *naturală*.

Persoanelor cărora deși aveau capacitate de drept, din motive cum ar fi vârsta, starea mintală, sexul etc., nu li se recunoștea capacitatea de exercițiu, fiind incapabili în fapt. Două instituții strâns legate de problema persoanelor incapabile sunt tutela și curatela, care, în dreptul roman, prezentau o serie de particularități. Vechiul drept roman susținea un mod de organizare familială care avea la bază rudenția agnatică sau civilă, fapt care făcea ca tutela/curatela să servească nu doar supravegherii incapabililor, ci și protecției bunurilor acestuia. Interesul era acela de a-l <<împiedica pe incapabil să-și risipească bunurile în detrimentul rudelor civile eventual chemate la moștenire>><sup>44</sup>, protecția celui incapabil importând mai puțin. Cu timpul, însă, rudenția agnatică a încetat să joace un rol central în organizarea familială, fiind tot mai mult favorizată rudenția de sânge sau cognatică. Schimbarea de mentalitate a plasat în centrul organizării familiale interesele personale ale membrilor familiei, iar asigurarea intereselor incapabililor a devenit noul scop al tutelei, respectiv, curatelei. Tutela și curatela erau menite să înlăture efectele incapacității de fapt<sup>45</sup>, asigurând protecția persoanelor care, deși aveau capacitate de folosință, le lipsea capacitatea de exercițiu. Tutela opera doar în două cazuri - minorii sub 14 ani și femeii, fiind instituită „pentru incapacități ce se manifestau în mod uniform”<sup>46</sup>. Curatela era destinată protecției unei categorii eterogene de persoane, pentru care incapacitățile erau neprevăzute, accidentale<sup>47</sup>: boli mintale, lipsă de experiență, tendință de a risipi etc.<sup>48</sup>.

În privința problematicii discernământului, instituția curatelei prezintă relevanță mai crescută. Afirmăm aceasta deoarece în cazul tutelei femeilor, măsurile de ocrotire se luau pe criteriu de sex. În cazul minorilor măsura se dispunea pe criteriu de vârstă, chiar dacă la aceștia criteriul vârstei a fost adoptat tocmai datorită faptului că discernământul lor se află în formare. Obligatoritatea instituirii curatelei în unele cazuri nu avea la bază doar vârsta și/sau sexul persoanei ocrotite, ci și un element lăsat la aprecierea celui care instituia măsura (ex., magistrat, pretor, prefectul orașului etc.) – starea mintală a persoanei. Discutăm astfel despre curatela aplicabilă celor considerați nebuni și risipitorilor, care erau asimilați celor dintâi, reglementată încă din vremea legii celor XII table<sup>49</sup>. În epoca lui Iustinian, de pildă, nebunii (lat., *furiosi*) și risipitorii (lat., *prodigi*), indiferent de vârstă (i.e., curatela opera și pentru minorii sub 25 de ani), se aflau sub curatelă, rămânând operantă reglementarea din legea celor XII table<sup>50</sup>.

Dacă în cazul nebunului, incapacitatea sa era de departe „cea mai naturală”<sup>51</sup> (cu toate că în momentele de luciditate, acesta redevenea complet capabil), asimilarea risipitorului cu acesta dintâi era o expresie a concepției agnatice asupra organizării familiale, care viza mai degrabă protecția bunurilor risipitorului decât a persoanei acestuia<sup>52</sup>. Totuși, restricțiile erau ceva mai reduse în cazul risipitorilor, în sensul că li se permitea să își sporească patrimoniul<sup>53</sup>, pe când, în cazul nebunilor, aceștia erau complet incapacitați. Categoria risipitorilor, rămasă de actualitate și în epoca lui Iustinian, a supraviețuit chiar și în legislația noastră până la mijlocul secolului XX<sup>54</sup>.

Pe lângă nebuni și risipitori, existau și alte categorii de persoane pentru care se considera că trebuie instituită curatela, <<deoarece nu puteau să se îngrijească de propriile afaceri>><sup>55</sup>. Aceste categorii erau „debili mintali, surzii, mușii și cei ce suferă de o boală incurabilă”<sup>56</sup>. Din această enumerare, doar categoria debilor mintali prezintă relevanță sub aspectul problematicei discernământului, afectat de regulă în cazul persoanelor cu „minte captivă”. Ne punem următoarea întrebare: ce se dorea prin separarea persoanelor cărora le lipsea sănătatea mintală în nebuni și debili mintali<sup>57</sup>? În opinia noastră, din perspectiva tratamentului juridic, cele două categorii nu difereau, fiind instituită curatela în ambele cazuri și totuși, termenul *furiosi* ne duce cu gândul la noțiunea de bolnavi psihici periculoși, pe când *mente captis* sau *dementia* desemna mai degrabă boala psihică cu debut precoce în ontogeneza individului<sup>58</sup>. Dacă luăm în considerare legislația actuală, am putea spune că distincția între cei doi termeni a subzistat în forma noțiunilor de alienație, respectiv, debilitate mintală (i.e., art. 211 din Legea nr. 71/2011).

Pentru categoriile de persoane protejate de instituția curatelei erau iterate și o serie de restricții exprese ce operau în diferite materii de drept. O prezentare a acestor restricții poate fi identificată în *Instituțiile lui Iustinian*, care înglobează <<o expunere elementară a dreptului roman ce servea ca manual destinat tinerelor generații de juriști>><sup>59</sup>. Vom detalia doar mențiunile privitoare la incapacitățile de fapt datorate stării mintale precare, așa cum apar ele descrise în manualul evocat, limitându-ne la acestea datorită relevanței directe pentru înțelegerea accepțiunii dreptului roman asupra discernământului.

În materia căsătoriei, găsim în *Instituții* o scurtă dezbateră asupra consimțământului la căsătorie, care, în vechiul drept roman, era o prerogativă exclusivă a lui *pater familias*<sup>60</sup>, de care depindea valabilitatea căsătoriei. În acest context, jurisconsultii și-au pus problema ce se întâmplă în situația în care *pater familias* nu dispunea de deplinătatea facultăților mintale, cu alte cuvinte, „poate oare fiica unui nebun să se căsătorească sau fiul unui nebun să se însoare?”<sup>61</sup>. Soluția, în epoca lui Iustinian, era aceea că în astfel de cazuri, căsătoria se putea încheia valabil și în absența consimțământului tatălui. Nu putem să nu ne întrebăm ce se întâmplă în situația în care un *pater familias* în vechiul drept roman dorea să își căsătorească fiul sau fiica nebun(ă) care satisfacea condiția vârstei și avea *conubium*<sup>62</sup>. Probabil că în acest caz ar fi intervenit prevederile legale privitoare la instituirea formelor de protecție a incapacabililor, care ar fi „paralizat” o astfel de situație.

În cartea a doua, capitolul XII din *Instituții*, găsim o prezentare a categoriilor de persoane cărora nu le era îngăduit să își facă testament, adică nu aveau capacitate testamentară. Capacitatea testamentară sau *testamenti factio activa* se referea la



„posibilitatea unei persoane de a apela la una dintre formele legale pentru a-și consemna ultima voință”<sup>63</sup>. Astfel, dacă impuberilor (minori sub 14 ani) nu le era recunoscută capacitatea de a testa datorită lipsei de judecată matură<sup>64</sup>, în cazul nebunilor (*furiosi*), aceștia nu puteau întocmi un testament pentru că <<nu erau sănătoși la minte>><sup>65</sup>. Mai mult, în cazul nebunului, testamentul său era lovit de nulitate chiar dacă acesta a decedat după ce s-a însănătoșit, această circumstanță de fapt nefiind considerată importantă. Probabil că se avea în vedere cazul în care nebunul însănătoșit nu își refăcea în mod valabil testamentul înainte de deces. Credem că mențiunea lipsei de importanță a circumstanței însănătoșirii a fost modalitatea jurisconsultilor de a se asigura că nulitatea nu putea fi acoperită și, deci, testamentul făcut eficace prin simpla prezență a acestei circumstanțe de fapt.

Desigur, de la regula incapacității nebunului de a testa s-a emis și o excepție, anume, situația în care testamentul era întocmit într-un moment de luciditate al nebunului sau într-un moment anterior îmbolnăvirii, caz în care respectivul testament își păstra valabilitatea. Cu toate acestea, rudele testatorului aveau la îndemână în dreptul roman acțiunea *ab irato*, care le permitea să ceară anularea testamentului dispus, din motive vindicative, împotriva acestora. Practic, în această acțiune se prezuma printr-o ficțiune că fusese alterat discernământul dispunătorului<sup>66</sup>. Aceasta este o tehnică de a ușura probarea absenței discernământului o găsim chiar și în actualul Cod, pe care l-am inventariat, un exemplu elocvent fiind art. 1205 alin. 2.

O altă manifestare a incapacității de fapt apare în materia obligațiilor, dreptul roman interzicând nebunului, sub sancțiunea nulității, să încheie <<orice act, deoarece nu înțelege ceea ce face>><sup>67</sup>, neavând „puterea de a judeca”<sup>68</sup>. Comparativ cu explicația oferită de jurisconșulți în motivarea incapacității de a testa a nebunilor, observăm că în materia obligațiilor, restricția este motivată de capacitatea redusă a nebunului de a evalua semnificația propriilor fapte. Dacă în cazul incapacității testamentare, justificarea este aproape tautologică<sup>69</sup>, în cazul incapacității de angajare în raporturi obligaționale, explicația ni se pare mai apropiată de conceptualizarea actuală a lipsei discernământului<sup>70</sup>.

În urma ideilor expuse în prezenta secțiune, deducem că perspectiva dreptului roman asupra discernământului era, asemeni celei contemporane, concentrată în a-i recunoaște importanța, paradoxal, în acele cazuri în care acesta lipsea. Cu toate că abordarea din dreptul roman diferă față de ceea ce actualmente numim capacitate de execuție (i.e., stare de drept), nu putem să nu observăm similitudinea acesteia cu noțiunea de discernământ<sup>71</sup>. Observăm că motivele de absență a discernământului au fost inventariate încă din dreptul roman, dar, în același timp, notăm că distincția între lipsa discernământului în fapt nu era atât de clar delimitată față de noțiunea de (in)capacitate de execuție. În fine, remarcăm faptul că incidența problemei discernământului în domeniul ocrotirii incapacitabililor, al căsătoriei, al succesiunii testamentare sau al obligațiilor apare într-un mod similar actualelor reglementări încă din dreptul roman.

### **3.2. Abordări ale discernământului în vechiul drept românesc**

Înainte de punerea în aplicare a Codului civil actual, prin Legea nr. 71/2011, opera Codul civil român, intrat în vigoare la 1 decembrie 1865, mai întâi în Vechiul Regat, apoi în

Transilvania<sup>72</sup>. Vechiul Cod civil a fost elaborat<sup>73</sup> în mare parte după modelul Codului civil Napoleon, dar s-a inspirat și din alte legislații străine<sup>74</sup>, respectiv, din vechiul drept românesc.

Codul de la 1864 a fost precedat de mai multe legiuri care au operat pe teritoriul țării noastre, cum ar fi reglementările elaborate sub patronajul lui Vasile Lupu în Moldova și Matei Basarab în Țara Românească. Ulterior, pentru a acoperi lacunele pe care le conțineau reglementările menționate, în anul 1817 au apărut în Moldova și Muntenia două coduri distincte – Codul Calimach, respectiv, Codul Caragea<sup>75</sup>. Dimitrie Alexandresco a criticat Codul Calimach pe motiv că acesta conținea numeroase erori de traducere, <<care uneori îl făceau aproape neinteligibil>><sup>76</sup>, cu toate că doctrina românească și străină îl considera „cu mult superior Codului Caragea”<sup>77</sup>.

Codul Caragea a fost considerat „fărămătură din monumentalul Drept roman”<sup>78</sup> de Răsărit, o versiune prescurtată a condicii din 1345 a lui Constantin Armenopolu. În ceea ce privește problematica discernământului, analiza cuprinsului acestei legiuri relevă faptul că principalele prevederi ce pot fi asociate ideii de discernământ apar în aceleași materii în care apăreau în dreptul roman (ex., persoane, succesiune testamentară, obligații). În partea întâi a Codului, găsim o clasificare a persoanelor (*obraz*) după diferite criterii, cum ar fi „după vârstă și după minte, în vârstnici, nevârstnici, risipitori și fără minte”<sup>79</sup>. În opinia noastră, împărțirea persoanelor „după minte” este doar o formă arhaică de exprimare a unei clasificări a persoanelor după lipsa discernământului. Se poate observa în acest sens că a subzistat categoria risipitorilor, asemeni dreptului roman, însă, în același timp, remarcă lipsa de specificații privitoare la instituția capacității. De altfel, termenii folosiți în acest Cod sunt mai apropiați de limbajul non-juridic, fiind înlocuiți mai degrabă cu înțelesurile *de facto* ale noțiunilor juridice.

Interdicțiile aplicabile persoanelor „fără minte” sunt prevăzute în capitolul IV din Cod, intitulat simplu: „Pentru cei fără minte”. În doctrina clasică<sup>80</sup> s-a precizat că acest capitol nu stabilea o veritabilă incapacitate de drept, fiind un bun indiciu că încă la acea vreme nu se făcea distincția între capacitate de exercițiu ca stare de drept și discernământ ca stare de fapt. În primul punct găsim o clarificare a noțiunii de „fără minte” (i.e., fără discernământ): „Fără minte numim pe cei ce sunt într-adevăr nebuni, sau lipsiți de minte, și smintiți”. Această definiție rămâne, asemeni celor din dreptul roman, cât se poate de tautologică; însă, observăm formularea de „cei într-adevăr nebuni”. Credem că aceasta este o formulă prin care se făcea referire la acei *furiosi* din dreptul roman. În ceea ce privește „cei lipsiți de minte și smintiți”, după părerea noastră, aceștia ar putea fi echivalentul juridic actual al debilității mintale sau a *mente captis* în dreptul roman.

Următoarele două puncte ale capitolului patru conțin reglementări în materia obligațiilor, iar ceea ce este interesant este că formulările reușesc să eludeze orice termen juridic. Reproducem formularea celor două texte: „2. Cei fără minte verice (orice, s.n.) tocmeală, sau dar, vor face, se socotește drept nimic și se strică./ 3. Cei fără minte, verice greșală vor face, nu se învinovățesc.”. Expriarea folosită, deși simplă și arhaică, reușește să înglobeze dispoziții din materia contractelor și a donațiilor, respectiv, în materia răspunderii delictuale. Dispozițiile evocă, chiar dacă în termeni „de fapt”, soluții de actualitate și anume, inexistența/ nulitatea actului în materie contractuală și lipsa răspunderii delictuale a persoanei fără discernământ.

O altă mențiune indirectă referitoare la discernământ poate fi identificată în Codul Caragea în materia succesiunii testamentare, sau, cum a fost numită, „Moștenire cu diată”, prin diată înțelegându-se testament. Codul prevedea expres că „cel ce face diată trebuie să aibă mintea întregă./De aceea: Nebunii și cei smintiți la minte, nu pot să își facă diată”(pct. 28, cap. III, partea IV). Nu putem să nu observăm că iterarea condiției prezenței discernământului la momentul testării este similară reglementării Codului civil actual...

Dacă rădăcinile Codului Caragea provin din dreptul roman de Răsărit, așa cum am afirmat deja, originile Codului Calimach au fost subiect de dezbatere doctrinară. Andrei Rădulescu a criticat viziunea conform căreia Codul Calimach ar fi fost o simplă traducere a Codului general austriac<sup>81</sup>. Acest din urmă Cod a fost aplicat în Transilvania până la mijlocul secolului XX, iar o parte din prevederile sale sunt foarte similare cu cele pe care le găsim în Codul Calimach. Din acest motiv vom detalia nediscriminativ prevederile celor două Coduri, în încercarea de a ilustra succint câteva particularități ale discernământului în vechiul drept românesc.

Codul general austriac<sup>82</sup> prevedea în art. 21 (art. 33 cf. Codului Calimach; Cal.) care erau persoanele care beneficiau de protecția legii: „acei care din cauza lipsei de etate, a slăbirii minții sau din alte împrejurări, sunt incapabili să-și ocârmuiască singuri cum se cuvine interesele lor”. Art. 21 era inclus într-o secțiune intitulată „Drepturile persoanelor după calitatea vârstei și după lipsa uzului rațiunii”, titlul care nu exprimă altceva decât împărțirea persoanelor după vârstă și după minte, așa cum am văzut că apărea în Codul Caragea. Mai mult, comparativ cu formulările Codului civil actual, observăm că nu sunt diferențe prea mari, vârsta sau declinul mintal fiind și azi, motive pentru instituirea unor măsuri de ocrotire. Cu toate acestea, tot în art. 21 se făceau următoarele specificații asupra categoriilor de persoane ocrotite, între care și „furioșii, nebunii, imbecilii care sunt lipsiți cu totul de uzul rațiunii, sau care sunt cel puțin incapabili să prevadă urmările faptelor lor” (în plus, urmând tradiția romană, beneficiau de ocrotire și risipitorii, s.n.).

Ni se pare cel puțin ciudat să găsim menționat termenul de furios între cauzele de punere sub ocrotire, dat fiind caracterul pasager al furiei. În opinia noastră, nu poate fi vorba decât despre o eroare de traducere din literatura latină, *furiosi* fiind, după cum am arătat în secțiunea precedentă, denumirea dată persoanelor nebune în dreptul roman. Probabil confuzia s-a realizat și din cauza concepției romane că furia era o stare de nebunie temporară<sup>83</sup>. Un alt aspect se referă la termenul de *imbecil*, care își are originile în psihiatria veche și care, posibil (indiciul este mențiunea privind lipsa totală a uzului rațiunii), se dorea să desemneze persoana cu debilitate mintală. În fine, un aspect de observat pe marginea textului citat este că se face referire directă la o componentă a discernământului, cea privind evaluarea adecvată a consecințelor propriilor acțiuni sau fapte, pe care o găsim într-o formulă asemănătoare în Codul civil actual.

Asemeni Codului Caragea, Codurile austriac și Calimach cuprindeau dispoziții în materia testamentelor, iar în ceea ce privește condiția pozitivă a existenței discernământului, aceasta apare într-o formă puțin mai elaborată. Astfel, în art. 565 (Cal. 723) din Codul austriac se cerea ca voința testatorului să fie manifestată, între altele, „în o perfectă stare de deplinătatea minții” (i.e., cu discernământ). Primul motiv care incapacita pe testator

era acela al „lipsei chibzuinței”, prevăzându-se că este lipsit de valoare testamentul întocmit „în stare de nebunie furioasă, de demență, inbecilitate sau beție”. În opinia noastră, faptul că s-a folosit termenul de „nebunie furioasă” poate susține tocmai confuzia privind traducerea din limba latină discutată în paragraful anterior, dar mai poate semnifica o referire la bolnavii psihici periculoși, violenți<sup>84</sup> și, de ce nu, mai poate sugera o reminiscență a cauzei care motiva succesorii să intenteze o acțiune *ab irato*. Un aspect interesant este acela că apare între motivele de incapacitate demența, o afecțiune tipică persoanelor în etate care își întocmeau cel mai frecvent acte de ultimă voință. De asemenea, observăm că a fost inclusă beția, fiind o stare temporară de discernământ diminuat, ceea ce nu face decât să sublinieze ideea că nu se diferențiază între incapacitățile legale și cele de fapt în materie testamentară.

Art. 565 din Codul austriac instituia o prezumție relativă<sup>85</sup> de lipsă a discernământului, iar menționarea demenței și beției ca și cauze de ineficacitate a testamentului este, în opinia noastră, o încercare a legiuitorului vremii de a acoperi acele situații de fapt care nu intrau întotdeauna sub autoritatea interdicției judecătorești, dar care nu puteau fi ignorate, fiind în joc interesul moștenitorilor. În acest sens, ne punem întrebarea dacă este vorba despre o enumerare limitativă a cazurilor în care prezumția relativă operează sau este relevantă doar circumstanța că, în fapt, persoana nu a avut discernământ la momentul testării, soluție promovată de Codul civil actual. Problema rezidă în faptul că în enumerarea respectivă se invoca atât motive care ar constitui azi cauze de interdicție judecătorească (art. 273 – nebunii și imbecilii erau doar cei declarați astfel de către instanță), cât și motive de *incapacitate naturală* (i.e., beție). Indiferent de răspusul la această întrebare, dorim doar să evidențiem că, în vechime, referirile la discernământ au preluat tradiția romană de a-l trata ca pe un caz de incapacitate de fapt<sup>86</sup>.

„Lipsa minții” sau „neputința de a beneficia de uzul rațiunii” sunt tot atâtea forme de a exprima lipsa discernământului. În această secțiune am făcut o scurtă incursiune în vechiul drept românesc, analizând câteva aspecte relevante pentru problematica discernământului, așa cum au fost reglementate în legiuirile care au operat înaintea Codului civil de la 1864. Concluzionând, putem afirma că trăsăturile esențiale<sup>87</sup> ale actualei conceptualizări juridice a discernământului au fost prefigurate în țara noastră încă de timpuriu.

### **3.3. Discernământul, între incapacitate naturală și luciditate temporară: discuții în doctrina românească de la începutul secolului XX**

Studiul și analiza doctrinei clasice poate fi o metodă de a obține o perspectivă întregită asupra valențelor juridice ale discernământului. Întrucât nu ne propunem o analiză extensivă, am ales să punctăm două dezbateri doctrinare, relevante analizei noastre, realizate pe marginea Codului civil de la 1864. Doctrina de la începutul secolului XX a prefigurat principalele elemente din conceptualizarea actuală a discernământului, motiv pentru care vom avea în vedere ideile expuse de către Dimitrie Alexandresco, în „Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român”<sup>88</sup>, lucrare care sintetizează principalele opinii doctrinare ale vremii.

### 3.3.1. Capabilul fără discernământ – incapabilul „natural”?

Motivul pentru care am ales să abordăm această discuție este acela că termenul de incapacitate naturală, deși utilizat de doctrina clasică, este mai puțin agreat în literatura curentă<sup>89</sup>. De aceea, este important să vedem ce se înțelegea prin termenul de *incapacitate naturală* în doctrina clasică.

În lucrarea lui Dimitrie Alexandresco problema incapacității naturale este tratată în primul rând în materie contractuală. Astfel, găsim un titlu sugestiv în acest domeniu: „Persoanele lovite de o incapacitate naturală de a contracta”. Încă de la început trebuie să menționăm că se făcea o distincție foarte clară între capacitate în sens juridic și capacitate în sens faptic, chiar în absența unei prevederi exprese din partea legiuitorului. Cu toate că se conștientizase incidența acestor incapacități ocurente în fapt, trebuia menținut un echilibru rezonabil cu principiul strictei interpretări a excepțiilor. Întrucât orice incapacitare a exercițiului unor drepturi trebuie în mod necesar să se situeze în planul excepțiilor, D. Alexandresco a încercat o conturare a cauzelor posibile de incapacitate naturală.

Accepțiunea doctrinei clasice asupra termenului de incapacitate naturală consta în admiterea existenței situațiilor care excedeau sfera incapacității juridice. Din aceste rațiuni s-a susținut: „Capacitatea individului poate să fie micșorată sau distrusă cu totul prin alienațiune mentală, prin demență sau imbecilitate, prin beție, prin o boală sau prin oare care infirmități fizice, precum ar fi surditatea, mutismul, cecitatea, etc.”<sup>90</sup>. Se remarcă faptul că este specificată posibilitatea (nu certitudinea, s.n.) limitării în fapt a exercițiului unor drepturi, din cauze *naturale*. D. Alexandresco specifica, de asemenea, că infirmitățile enumerate nu conduc prin ele însele la incapacitate naturală, ci numai în măsura în care sunt *apte virtual* să afecteze discernământul și manifestarea clară și liberă a voinței.

Dintre infirmitățile enumerate mai sus, menționăm că o parte nu și-au mai păstrat actualitatea (ex., surditatea, mușenia, cecitatea), chiar dacă, *in concreto*, se poate întâmpla să apară și în zilele noastre. Cu toate acestea, ceea ce putem extrage din conceptualizarea doctrinei clasice asupra incapacității naturale este că s-a dorit ca acest termen să înglobeze atât situațiile în care discernământul era afectat, cât și cazurile în care voința nu se putea exterioriza din cauza infirmității fizice. Actualmente, credem că sfera de cuprindere a acestui termen nu a rămas înțeleasă în acest mod, ci s-a restrâns la acele cauze care pot efectiv să lipsească o persoană de discernământul faptelor sale sau cel puțin să îl reducă<sup>91</sup>. Din acest punct de vedere, termenul analizat ni se pare mai puțin potrivit pentru a desemna noțiunea de discernământ. Motivația noastră nu rezidă, însă, în problema că termenul respectiv evocă ideea de capacitate, cum s-a susținut în doctrină<sup>92</sup>, ci în aceea că, la origini, acesta avea o sferă de cuprindere mult mai largă decât doar lipsa discernământului cauza unei tulburări/afecțiuni psihice (permanentă sau temporară).

Un alt aspect consemnat de D. Alexandresco constă în explicarea motivului pentru care legiuitorul nu a inclus incapacitatea naturală în reglementarea sa – acele cazuri enumerate împiedică manifestarea consimțământului și nu necesită o reglementare expresă, pentru că e „*evident*”<sup>93</sup> că un copil, un om nebun sau unul bat cu desăvârșire, ori în delir, este incapabil de a contracta”. În plus, acesta a remarcat faptul că pe legiuitor nu îl

privesc decât incapacitățile de ordin juridic în acordarea consimțământului și nu cele faptice. Dorim doar să remarcăm evoluția legiuitorului contemporan, care a ales să dea mai multe efecte juridice și unor „incapacități naturale” care pot genera lipsa/atenuarea discernământului. Reiterăm un exemplu fericit, ilustrativ pentru evoluția legiuitorului nostru – instituirea în art. 1205 alin. 2 Cod civil a unei prezumții relative de incapacitate naturală<sup>94</sup>. Chiar și așa, credem că termenul de incapacitate naturală a rămas la fel de vag și, în același timp, atât de „evident” pentru legiuitor și doctrina actuală deopotrivă, încât nu s-a considerat necesară o clarificare.

În ceea ce privesc efectele juridice ale incapacității naturale la început de secol XX, în cazul persoanelor nepuse sub interdicție, dar care se aflau într-un „stabiliment de alienați”<sup>95</sup>, s-a apreciat în doctrina vremii că acestea rămân incapabile natural. Cu alte cuvinte, capacitatea lor de exercițiu nu avea de suferit, însă nici nu opera o prezumție de lipsă a discernământului, deoarece nu li s-ar putea prezuma acestora nebunia. Așadar, contractele încheiate în intervale lucide rămâneau perfect valabile, iar cine dorea desființarea acestora trebuia să dovedească lipsa discernământului, totul fiind evaluat în fapt.

Legat de absența discernământului datorată unor cauze de patologie mintală s-a născut în doctrina clasică o dezbatere cu privire la posibilitatea atacării de către moștenitori a unor acte juridice întocmite în timpul vieții de către autorul lor, considerat că ar fi fost lipsit de discernământ. Această situație era reglementată în Codul de la 1864, în art. 449, care prevedea că în urma morții unei persoane, actele săvârșite de aceasta deveneau inatacabile pentru motivul lipsei discernământului (i.e., în cazul „smintirii de minte”). De la această regulă se admiteau ca excepții pronunțarea unei hotărâri de punere sub interdicție sau cel puțin formularea unei cereri în acest sens și, respectiv, dovada lipsei discernământului reieșea chiar din cuprinsul actului, fără a mai conta dacă defunctul fusese sau nu pus anterior sub interdicție.

În acest sens, s-a pus problema ce se întâmpla cu testamentul care fusese întocmit într-un moment de absență a discernământului, iar moștenitorii nu apucaseră să ceară interdicția și nici din conținutul testamentului nu reieșea acest lucru. Spre soluționarea disputei, D. Alexandresco a promovat ideea că nu se aplica limitarea de la art. 449, testamentul respectiv fiind atacabil<sup>96</sup>. Cu toate acestea, sarcina moștenitorilor era aceea de a stabili nu doar că defunctul ar fi îndeplinit condițiile necesare pentru a fi pus sub interdicție sau că existau momente în care discernământul lipsea. Aceștia trebuiau să dovedească în mod specific că la momentul testării defunctul fusese lipsit de discernământ, ceea ce, chiar și în zilele noastre, ar constitui o veritabilă *probatio diabolica*.

Un exemplu din jurisprudența interbelică<sup>97</sup> a atras atenția că nici situația în care s-a dorit dovedirea absenței discernământului pe baza conținutului testamentului nu a fost mai ușor de probat. Astfel, o clauză *ab irato* în care se afirma un sentiment de ostilitate față de moștenitori, s-a dorit să fie modalitatea de probare a lipsei de discernământ. Am arătat că în dreptul roman, un testament din care se deducea ura sau mânia testatorului față de moștenitori, îi îndreptățea pe aceștia să ceară anularea testamentului, prin acțiunea *ab irato*. Speța avută în vedere a generat următoarea problemă: „în ce condiții ura sau mânia sunt susceptibile de a altera discernământul testatorului?”<sup>98</sup>. Cu toate că nu a condus la

soluționarea speței în sensul anulării testamentului, soluția de principiu care a fost promovată a fost aceea că ar fi justificată anularea testamentului în măsura în care ura sau mânia au fost apte să diminueze semnificativ discernământul la momentul testării.

Revenind la analiza termenului de incapacitate naturală, menționăm că doctrina clasică a pus semnul egalității între acesta și conceptul de origine franceză de „insanitate de spirit”<sup>99</sup>. De asemenea, pentru a se reține circumstanța lipsei discernământului s-a susținut nu era nevoie ca tulburarea psihică să afecteze total abilitatea de a raționa a persoanei în cauză. Fiind însă vorba despre o circumstanță de fapt, anularea actului contestat a fost lăsată la aprecierea judecătorilor. Acest lucru s-a menținut în mare parte până în zilele noastre.

### **3.3.2. Incapabilul cu discernământ – momentul de luciditate și efectele sale juridice**

În cazul persoanei capabile din punct de vedere juridic, Codul civil de la 1864 și doctrina clasică optau pentru prezumția capacității, chiar și în momente de lipsă în fapt a discernământului. Așadar, cel puțin în materia convențiilor cine se considera prejudiciat din acest motiv trebuia să facă dovada că persoana cu care încheiase convenția era, în fond, lipsită de discernământ. Situația era diferită în cazul persoanelor puse sub interdicție judecătorească, pentru care incapacitatea era regula, iar momentul de luciditate, excepția.

Pentru a fi instituită interdicția judecătorească, Codul civil de la 1864 prevedea în art. 435 că: „Majorul care este într-o stare obișnuită de imbecilitate, de sminteală, sau de nebunie cu furie, trebuie a fi interzis, chiar și în intervale lucide”<sup>100</sup>. Așadar, în cazul acestor persoane era instituită o prezumție relativă lipsă a discernământului. Aceasta opera din momentul publicării hotărârii și nu cel al pronunțării hotărârii, aspect important, deoarece în funcție de momentul publicării se stabilea în sarcina cui revenea proba discernământului. Totuși, s-a apreciat că cerința publicității nu ar fi o condiție de fond, dar în același timp, că un terț de rea credință nu se putea prevala de lipsa publicității pentru a încheia cu incapabilul un act vătămător pentru acesta<sup>101</sup>.

În ceea ce privesc efectele încheierii unui act juridic de către interzisul judecătorească, doctrina clasică pe care o avem în vedere distingea după cum actul respectiv era de natură patrimonială sau nepatrimonială. Contrar art. 448 din Codul civil de la 1864, care prevedea anulabilitatea tuturor actelor interzisului, doctrina a apreciat că acest lucru nu era tocmai adecvat, dat fiind că răspunderea delictuală era angajată și în cazul interzisului, dacă acesta a comis fapta într-un moment de *luciditate* (i.e., discernământ).

În cazul actelor de natură patrimonială, legiuitorul stabilea (art. 1202) o prezumție *legală* de incapacitate, care nu permitea proba contrară. Totuși, doctrina a contestat faptul că respectivul act ar fi inexistent, ci doar *anulabil*, legiuitorul român preluând în mod mecanic textul francez omolog. Observăm că această soluție doctrinară a fost iterată aproape identic în Codul civil actual, în art. 172, pentru că s-a dorit sancționarea nerespectării dispozițiilor legale privind capacitatea, fără a mai conta dacă persoana a fost sau nu lucidă la momentul încheierii actului.

Actele de natură nepatrimonială au fost subiectul unei controverse atât în doctrina, cât și în jurisprudența clasică. Pe de o parte, existau opinii care susțineau aplicarea în

mod nediscriminativ a interdicției, chiar și în cazul unor acte care nu puteau fi încheiate prin reprezentant, cum ar fi căsătoria sau testamentul. Pe de altă parte, se milita pentru recunoașterea posibilității încheierii unor astfel de acte, pentru a nu se ajunge la un veritabil *capitis deminutio* (i.e., moarte civilă) din dreptul roman.

D. Alexandresco a respins ambele sisteme, argumentând în favoarea menținerii unei distincții clare între actele „pur bănești” și cele „pur morale”, cum le-a numit. Explicația sa este oarecum o reminiscență a rațiunii care a fundamentat măsura interdicției în dreptul roman de la începuturi, când dominau principiile de rudenie de tip agnatic. La aceasta s-a adăugat și ideea de ocrotire a interzisului împotriva propriilor acte, potențial dăunătoare pentru patrimoniul său. Actele (sau operațiunile) „pur morale” cum sunt căsătoria, divorțul, recunoașterea de filiație sau adopția, erau considerate perfect valabile dacă interzisul le încheia într-un *moment de luciditate*. Totuși existau acte care, în opinia noastră ar intra atât în categoria actelor pur morale, care nu pot fi făcute prin reprezentare, cât și în categoria actelor cu conținut patrimonial, un exemplu clar fiind testamentul. În cazul acesta, se discuta despre o incapacitate absolută de a dispune prin testament (sau donație) de către interzișii judecătorești, probabil tocmai din cauza conținutului său, în bună parte de natură patrimonială. În concluzie, observăm că momentul de luciditate în cazul persoanelor puse sub interdicție era limitat sub aspectul efectelor juridice.

#### **4. Spre o caracterizare doctrinară a conceptului de discernământ**

Limbajul juridic se bucură de autonomie conceptuală în raport cu alte domenii ale științei. Termenii pe care îi întrebuițează, însă, sunt o parte tehnici, o parte preluați din vorbirea curentă<sup>102</sup>. Nu credem că este și cazul discernământului, fiind vorba în acest caz tot despre un termen tehnic, de specialitate, preluat însă din domeniile psihiatrie, respectiv, psihologie. Probabil acesta este motivul pentru care doctrina juridică, precum și legiuitorul, au evitat în mod costant să îl supună analizei.

Reiterând ideea de limbaj juridic, s-a argumentat<sup>103</sup> că, pe lângă realitățile juridice cu care operează dreptul (ex., contracte), există și o serie de realități naturale și sociale (i.e. fapte juridice), de care sunt legate efecte de drept. Astfel, de existența și, mai ales, inexistența discernământului ca stare de fapt am văzut deja că au fost atașate efecte în plan juridic, cum ar fi stabilirea valabilității unui act juridic, posibilitatea de prevalare de o serie de prezumții sau punerea sub interdicție judecătorească. În prezenta secțiune vom analiza critic perspectiva doctrinei românești dedicate atât Codului de la 1864, cât și Codului actual, care, la o privire de ansamblu, a concentrat referirile la noțiunea de discernământ pe trei paliere, în relație cu: capacitatea de exercițiu ca stare de drept, consimțământul ca element fundamental la încheierea unui act juridic și capacitatea delictuală ca premisă pentru angajarea răspunderii civile delictuale subiective.

##### **4.1. Discernământul și capacitatea de exercițiu**

Doctrina a fost și este relativ omogenă în abordarea principalelor instituții de drept, urmând în bună parte structura Codului în vigoare la un moment dat. Cu privire la



discernământ, găsim în majoritatea manualelor și tratatelor de drept civil menționi în legătură cu capacitatea de exercițiu a persoanei fizice, cerută în cadrul raportului juridic civil.

De pildă, Ernest Lupan a realizat o corelație între capacitatea de a încheia acte juridice civile și discernământ<sup>104</sup>, afirmând că distincția majoră dintre cele două ar fi că în cazul capacității vorbim despre o stare de drept, pe când în cazul discernământului vorbim despre o stare de fapt. Un alt aspect pe care profesorul Lupan îl sublinia este că discernământul nu se confundă cu capacitatea, deși „există o strânsă și indisolubilă legătură”<sup>105</sup>. Într-o altă opinie<sup>106</sup>, discernământul a fost privit ca fiind premisa<sup>107</sup> „inerentă” (*de facto*, s.n.) a capacității de exercițiu, fără a se confunda cu aceasta din urmă. Observăm o formulare doctrinară relativ vagă, în care se admite relația dintre capacitate de exercițiu și discernământ, însă nu și identitatea, argumentul fiind, aparent, unul formal (i.e., de drept). Constatăm totuși că s-a produs o evoluție față de dreptul roman, unde am arătat că se puneu semnul egalității între capacitate de exercițiu și discernământ, deoarece cea dintâi era văzută ca un element de fapt.

Existența capacității de exercițiu instituie o prezumție relativă de prezență a discernământului, care, însă, poate fi răsturnată prin proba contrarie. În același sens, absența capacității generale de exercițiu în cazul persoanelor incapabile (i.e., minorii sub 14 ani și interzișii judecătorești) instituie o prezumție relativă de absență a discernământului. Așadar, discernământul se prezintă ca o condiție de fapt în menținerea și mai ales limitarea unei stări de drept cum este capacitatea de exercițiu. Aceasta nu înseamnă că se instituie cu necesitate un raport causal<sup>108</sup>, tocmai acest lucru fiind un alt element de delimitare între capacitatea de exercițiu și discernământ. Astfel, discernământul poate exista la o persoană incapabilă, după cum poate fi absent la o persoană capabilă din punct de vedere legal (i.e. majoră, nepusă sub interdicție), iar efectele juridice ale acestor două situații au fost intens dezbătute în doctrina clasică.

În situația în care avem capacitate de exercițiu, dar nu și discernământ, am văzut că o parte din doctrina clasică a abordat termenul de „incapacitate naturală”. Această abordare privind lipsa discernământului a fost preluată și reiterată în doctrină de către Mihail Eliescu<sup>109</sup>, care înțelegea prin termenul evocat lipsirea permanentă sau temporară, *în fapt*, a puterii de apreciere a consecințelor juridice produse în baza unei manifestări de voință<sup>110</sup>. Exprimarea folosită de profesorul Eliescu a fost criticată în doctrina recentă<sup>111</sup>, nefiind considerată a fi adecvată tocmai din pricina diferențelor dintre capacitatea de exercițiu și discernământ, mai ales în cazul în care acestea lipsesc<sup>112</sup>. Argumentul folosit a fost acela că un act este anulabil pentru lipsa capacității, fără ca problema discernământului să mai intereseze, în plan probatoriu fiind necesară doar probarea minorității sau a punerii sub interdicție. În ceea ce ne privește, suntem de acord cu această ultimă opinie, în sensul că problema discernământului importă mai puțin în legătură cu capacitatea de exercițiu. În același timp, considerăm că denumirea de „(in)capacitate naturală” nu este întru totul greșită sau lipsită de actualitate. Avem în vedere literatura internațională, în care a fost introdus conceptul de „capacitate mintală”<sup>113</sup>, folosit în legătură cu determinarea competenței legale<sup>114</sup>. În opinia noastră, problema reală pe care o pune termenul de „(in)capacitate naturală” nu este apropierea lingvistică de noțiunea de capacitate (care desemnează o stare

de drept, s.n.), ci măsura în care acest termen este sau nu sinonim<sup>115</sup> cu noțiunea de discernământ (sau lipsa acestuia, s.n.).

În doctrina mai recentă găsim o enumerare a „cazurilor de incapacitate naturală”<sup>116</sup>, acestea fiind: beția, hipnoza, somnambulismul și furia puternică. Considerăm necesare o serie de precizări cu privire la aceste cazuri, cu atât mai mult cu cât în secțiunile precedente am prezentat variații ale acestei enumerări în diferite perioade istorice. În primul rând, includerea hipnozei în această enumerare este o alegere nefericită din partea doctrinei actuale, deoarece hipnoza nu diminuează capacitatea unei persoane de a-și da seama de urmările faptei sale. Susținem acest punct de vedere cu cercetări din domeniul psihologiei<sup>117</sup>, care au arătat încă de timpuriu că hipnoza este o stare autoindusă, care de foarte multe ori se manifestă mai degrabă prin prisma preconcepțiilor persoanei „hipnotizate” despre cum ar trebui să se manifeste hipnoza. Prin urmare, deseori, persoana se prefacă că este hipnotizată, având în minte o concepție laică ce datează din secolul XVIII, din perioada medicului Franz Anton Mesmer, cunoscut pentru ideile sale pseudoștiințifice (i.e., magnetismul animal).

Relativ la celelalte cazuri enumerate, credem că nu poate fi vorba decât despre câteva exemple în care juriștii au apreciat că poate fi afectat discernământul și nu despre o enumerare limitativă. Deși asociate cu diminuarea capacității psihice, cazurile amintite sunt departe de a fi singurele cazuri în care, în mod obiectiv, capacitatea naturală poate fi diminuată. De exemplu, o opinie din doctrina recentă include în această enumerare boala psihică<sup>118</sup> (excluzând hipnoza, s.n.), ceea ce apreciem ca fiind just, având în vedere că unele boli psihice eludează condițiile restrictive pe care le cere procedura punerii sub interdicție. Cu toate acestea, într-o altă opinie, deși recentă, s-a păstrat vechea enumerare a cazurilor de incapacitate naturală<sup>119</sup>. Acest lucru nu relevă decât că doctrina clasică de început de secol XX nu a mai fost contestată pe acest palier, preferându-se preluarea mecanică a cazurilor în discuție.

O clasificare recentă a incapacităților a inclus printre clasicele categorii (i.e., de folosință vs. de exercițiu; speciale vs. generale) și distincția între incapacități legale și *incapacități naturale*<sup>120</sup>. În acest context, s-a susținut că incapacitățile naturale ar fi „cele care își pot produce efectele în mod direct prin ele însele”<sup>121</sup>. Mai mult, în cazul incapacităților pe care le-am analizat anterior (i.e., furia, somnambulismul, hipnoza, beția etc.), s-a propus<sup>122</sup> că ar fi doar niște incapacități „de moment”. În opinia autorilor citați, aceste cazuri nu ar trebui confundate cu situația prezenței unei tulburări psihice, în care se solicită internarea nevoluntară într-un spital psihiatric. În acest caz s-ar putea discuta, în opinia acestora, despre o „semi-incapacitate” de exercițiu, sub argumentul obligației de informare a persoanei internate, după finalizarea măsurii luate față de aceasta.

Nu putem să fim de acord cu această viziune, din mai multe motive. În primul rând, distincția incapacități legale versus naturale are cel mult o justificare didactică. După cum am susținut deja, termenul de „incapacitate naturală” nu trebuie confundat sau adus pe același plan cu capacitatea de exercițiu, stare de drept. În al doilea rând, nu putem vorbi despre un efect direct al incapacităților naturale, din moment ce aceste stări de fapt trebuie să existe în momente specifice și întotdeauna în relație cu o instituție de drept (ex., să existe la momentul încheierii unui contract). În al treilea rând, distincția dintre

incapacități „de moment” și „semi-incapacități” de exercițiu, justificată de cauza diminuării discernământului unei persoane, nu are temei legal, dar nici doctrinar. Am arătat, în acest sens, care au fost cazurile inventariate de doctrină. Nu în ultimul rând, credem că autorii citați au realizat o confuzie între incapacitatea naturală (sinonim cu lipsa discernământului, s.n.) din structura capacității de exercițiu și cea din structura consimțământului. Afirmăm acest lucru deoarece s-a definit incapacitatea naturală ca fiind „cazurile în care există imposibilitate faptică de a da un consimțământ valabil”<sup>123</sup>, în contextul analizei formelor de incapacitate.

O altă discuție doctrinară privind capacitatea și relația sa cu noțiunea de discernământ s-a deschis în jurul noțiunii de *insanitate de spirit*<sup>124</sup>, cu ocazia analizei capacității testamentare<sup>125</sup>. Insanitatea de spirit desemnează situația în care testatorul, deși are capacitate de exercițiu (sau cel puțin nu i s-a contestat această capacitate, s.n.), întocmește un testament într-o stare de absență a facultăților mintale. Dacă, însă, o persoană este pusă sub interdicție judecătorească, problema este ceva mai puțin complicată, actul respectiv fiind anulabil pentru lipsa capacității<sup>126</sup>.

Codul civil de la 1864 instituia o veritabilă incapacitate de folosință a persoanei puse sub interdicție judecătorească, acesteia nefiindu-i recunoscut dreptul de a întocmi un testament<sup>127</sup>. Situația diferă în actualul Cod civil, deoarece incapabilului i se permite într-o anumită măsură să facă donații (nu și legate). Donațiile sunt nescutite de raport și pot fi numai în favoarea descendenților incapabilului, fiind o soluție preluată după dreptul francez<sup>128</sup>. Cu toate acestea, art. 175 C. civ., care reglementează această derogare de la regula incapacității, prevede că descendenții incapabilului pot fi gratificați *de către tutore* cu acordul consiliului de familie și cu autorizarea instanței de tutelă. Legiuitorul român la momentul elaborării acestui articol nu a avut în vedere faptul că dreptul francez parcursese două reforme în 2006 și 2007 în ceea ce privește dreptul succesoral și modificase soluția în materia nulității testamentare. Astfel, soluția legiuitorului francez a fost să nu sancționeze testamentul incapabilului cu nulitatea, ci să îi permită acestuia să testeze personal (nu prin tutore, s.n.), cu o prealabilă autorizare din partea judecătorului și a consiliului de familie<sup>129</sup>.

Persoanei puse sub interdicție i se permite actualmente să încheie o serie de acte juridice cu risc scăzut de prejudiciere, așa cum prevede art. 43 alin. 3 C. civ., motivul evocat de doctrină fiind acela al „rațiunilor practice”<sup>130</sup>. Nu contestăm acest motiv, însă credem că o altă rațiune a condus la elaborarea unei astfel de prevederi. Specific, s-a constatat că foarte des, persoanele puse sub interdicție nu sunt total lipsite de discernământ<sup>131</sup>, fiind capabile să înțeleagă semnificațiile unor acte precum cele invocate de art. 43.

În lipsa punerii sub interdicție, Codul civil actual vine să instituie existența discernământului ca și condiție de valabilitate a testamentului (art. 1038 Cod civil). Practic, deși interdicția judecătorească poate să fie motiv de anulabilitate a testamentului în temeiul incapacității de exercițiu, esența condiției rezidă în aceea că, în fapt, persoanei i se cere să testeze într-o stare de conștientă *deplină*. De aceea, testamentul poate fi anulat și în cazul în care persoana nu prezintă sanitate de spirit din alte cauze decât alienația/debilitatea mintală, motivele de punere sub interdicție. Acesta este încă un argument care susține relevanța mai crescută a discernământului din structura consimțământului, în detrimentul capacității de exercițiu.

#### 4.2. Discernământul – condiție de valabilitate a consimțământului

Revenind la problema *incapacității naturale*, am notat deja că aceasta prezintă importanță relativ scăzută în raport cu capacitatea de exercițiu, discuția pe acest plan purtându-se în bună parte în termeni de absență/prezență a discernământului, în vederea stabilirii lipsei capacității de exercițiu (i.e., punere sub interdicție). În cazul persoanei majore, cel puțin, Codul civil prevede în art. 38 că o dată cu atingerea majoratului (18 ani), persoana dobândește capacitate deplină de exercițiu, ceea ce înseamnă că, *ope legis*, este instituită o prezumție relativă de existență a discernământului. Discuția privitoare la discernământ este mai nuanțată în cazul unei alte condiții legale necesare la încheierea oricărui act juridic - consimțământul.

Vechea reglementare (i.e., Codul civil de la 1864) nu făcea mențiuni cu privire la discernământ în materie de consimțământ, dar în doctrină<sup>132</sup> s-au elaborat o serie de condiții de valabilitate a consimțământului: să provină de la o persoană cu discernământ, să fie făcut cu intenția de a produce efecte juridice, să fie exteriorizat și să fie neviciat. Observăm că prima condiție fără de care consimțământul nu poate fi valabil este discernământul. Această cerință delimitează capacitatea de exercițiu ca stare de drept de existența discernământului ca element de fapt din structura consimțământului<sup>133</sup>.

Cerința provenienței consimțământului de la o persoană cu discernământ derivă, în opinia unor autori<sup>134</sup>, din caracterul conștient al actului juridic civil. Acest caracter conștient îi dă persoanei posibilitatea să aprecieze consecințele juridice produse în temeiul manifestării sale de voință. Mai mult, alți autori<sup>135</sup> au fost chiar de părere că lipsa discernământului ar echivala, în fond, cu lipsa consimțământului, pentru a sublinia legătura indisolubilă între cele două concepte. Traian Ionașcu era de părere că „lipsa discernământului, din punct de vedere logic, ar trebui să atragă nulitatea absolută a actului juridic civil”<sup>136</sup>. Probabil că profesorul Ionașcu a avut în vedere o concepție similară cu soluția oferită de vechiul Cod al familiei, cu ocazia acordării consimțământului la încheierea căsătoriei. Codul prevedea în art. 19 că este nulă căsătoria alienatului, debilului mintal sau a celui lipsit vremelnic de facultățile mintale (ex., incapacitate naturală) cât timp nu are discernământul faptelor sale, cazuri în care consimțământul, practic, nu ar exista<sup>137</sup>.

În mod corect, profesorul Ionașcu a remarcat faptul că „în practică, însă, absența totală a consimțământului se asimilează cu un simplu viciu de consimțământ, pentru a o sancționa cu nulitate relativă”<sup>138</sup> (prin absență totală a consimțământului acesta înțelegând lipsa discernământului, s.n.). Într-adevăr, instanțele, sub imperiul vechiului Cod civil, asimilaseră lipsa discernământului cu un viciu de consimțământ<sup>139</sup>, adică cu o altă condiție de valabilitate a consimțământului. Codul civil actual a tranșat atât problema nulității, cât și pe cea a relației discernământului cu viciile de consimțământ astfel: a stabilit în art. 1205 că actul încheiat fără discernământ este lovit de nulitate relativă și, într-o manieră didactică, a grupat într-un titlu distinct condițiile de valabilitate ale consimțământului față de viciile consimțământului, lipsa discernământului fiind inclusă în prima categorie<sup>140</sup>. Practic, legiuitorul nu a făcut decât să transpună în plan legislativ opinia doctrinară conform căreia discernământul este o condiție de valabilitate a consimțământului, distinctă față de viciile de

consimțământ, chiar dacă în ambele cazuri sancțiunea aplicabilă actului încheiat va fi aceeași - nulitatea relativă.

Continuând analiza relației dintre discernământ și consimțământ, o altă perspectivă ar fi aceea că, *ab initio*, pentru a putea să se formeze consimțământul, este necesară existența unei așa-zise „capacități intelective”<sup>141</sup>, sau puterea de înțelegere a unei situații juridice, respectiv, a unei „capacități volitive”<sup>142</sup>, sau motivația subiectivă de angajament într-o situație juridică. În opinia noastră, dacă ar fi să adoptăm această perspectivă, existența discernământului s-ar confunda cu elementul intelectual, referindu-se la aceeași abilitate *psihică* de a percepe și evalua o situație relevantă din punct de vedere juridic. Astfel, discernământul stabilește cel puțin punctul de start, premisa (ca în cazul capacității de exercițiu), fiind o condiție *sine qua non* pentru ca elementul volitiv să se poată manifesta<sup>143</sup>, de unde, probabil și ideea de „capacitate volitivă”.

Într-o altă abordare asupra elementului volitiv, s-a afirmat în doctrină că „a voi juridic este consimțământul ghidat de discernământ și interesul propriu”<sup>144</sup>. Fără a dori să reproducem textele de manual care prezintă principiile voinței juridice și binomul voință exteriorizată (consimțământ) – voință internă (reală), vom reliefa perspectiva asupra discernământului în această abordare<sup>145</sup>. Voința reală este elementul de fapt de natură psihologică/subiectivă din structura voinței juridice; o dată exteriorizată, ea poate fi producătoare de consecințe juridice, însă doar în măsura în care sunt întrunite o serie de calități<sup>146</sup> ale acesteia. Dintre aceste calități, cea privitoare la libertatea și conștiința voinței interne este de interes în ceea ce privește problematica discernământului. Astfel, s-a susținut că „voința internă trebuie să fie conștientă de sine și de lucrurile înconjurătoare”<sup>147</sup>, iar aptitudinea naturală sau rațională de a discerne faptele și de a lua decizii este una dintre condițiile care asigură ocurența acestui fapt (alături de informare în privința cauzei operațiunii juridice, s.n.). Într-o altă opinie s-a enunțat necesitatea conștiinței voinței exprimate, caracterul conștient fiind suprimat de lipsa discernământului, „echivalând cu lipsa psihică a consimțământului”<sup>148</sup>. Observăm că și aceste abordări iterează ideea că discernământul funcționează ca o premisă în structura consimțământului, fiind aptitudinea sau capacitatea *naturală* în absența căreia actul juridic devine anulabil.

În ceea ce privește noțiunea de *insanitate de spirit*, consacrată în doctrina clasică, am afirmat deja că desemnează situația în care unei persoane cu capacitate deplină de exercițiu îi lipsește discernământul la momentul întocmirii unui testament. După modelul doctrinei franceze, s-a susținut și în doctrina noastră că testatorul trebuie ca la momentul întocmirii să aibă o stare de „tulburare mentală care să fie suficient de gravă pentru a-l priva pe cel atins de facultățile sale de discernământ”<sup>149</sup>. Prin tulburare mentală nu s-a înțeles sensul restrâns, de natură psihiatrică, ci mai degrabă toată pleiada de cauze care pot în mod obiectiv să diminueze semnificativ discernământul. În plus, s-a mai susținut că nu este suficient să fie dovedită simpla tulburare a minții pentru a fi vorba de insanitate de spirit, fiind necesară stabilirea unui raport de cauzalitate, adică să se dovedească *in concreto* că respectiva cauză de tulburare a minții a determinat lipsa de luciditate<sup>150</sup>.

Am arătat că un testament poate fi anulat pentru lipsa capacității de exercițiu, dar aceeași soluție a nulității relative o găsim și în cazul lipsei discernământului. În spiritul

doctrinei franceze, s-a susținut și în doctrina noastră<sup>151</sup> că, în timp ce anularea pentru lipsa capacității poate fi cerută de persoana protejată prin sancțiunea nulității relative, anularea pentru lipsa discernământului se poate invoca de orice persoană care justifică un interes (ex., un legatar particular). În ceea ce ne privește, credem că s-a instituit o falsă dezbatere între capacitatea de exercițiu și prezența discernământului prin faptul că argumentele doctrinare se rezumă la ideea de capacitate. Practic, s-a dorit criticarea termenului de „incapacitate naturală”, promovat în doctrina clasică<sup>152</sup>, susținându-se că termenul de „insanitate de spirit” ar fi mai clar. În fond, suntem de părere că doctrina a omis faptul că discernământul în materia testamentelor se află în structura consimțământului și nu a capacității de exercițiu. Prin urmare, temeiul de invocare a lipsei discernământului este acela al lipsei consimțământului liber și conștient al testatorului, aspect bine conturat, de altfel, în art. 1038 C. civ., intitulat „Consimțământul testatorului”.

### **4.3. Capacitate delictuală și/sau discernământ**

Pe lângă abordarea discernământului în relație cu capacitatea de exercițiu și consimțământul, o altă legătură doctrinară s-a făcut între discernământ și noțiunea de capacitate delictuală<sup>153</sup>. Prin această noțiune, doctrina a înțeles să denumească „aptitudinea persoanei de a răspunde (de a fi obligată) pentru faptele ei ilicite care cauzează prejudicii altora”<sup>154</sup>. Această aptitudine de a răspunde care incumbă autorului faptei ilicite s-ar aprecia în funcție de prezența sau absența discernământului acestuia. Într-o altă opinie<sup>155</sup>, s-a susținut că, în fond, capacitatea delictuală nu ar fi „decât o altă expresie pentru a desemna discernământul” și că, din punct de vedere juridic, aceasta face posibilă nașterea obligației civile de reparație în sarcina debitorului *vinovat* de producerea faptei ilicite (i.e., delictul civil).

Față de relația discernământului cu capacitatea de exercițiu sau cu consimțământul, observăm că în cazul capacității delictuale, prezența sau absența discernământului nu este doar o condiție de fond, ci este condiția esențială de existență a acesteia. Prezența discernământului este premisa în baza căreia se va trece la aprecierea *vinovăției* în cazul răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie. În același sens, s-a susținut în doctrină faptul că există o legătură indisolubilă între *vinovăție*, ca element constitutiv al răspunderii delictuale și capacitate delictuală, de existența discernământului fiind condiționată angajarea celei dintâi<sup>156</sup>.

Am ales să menționăm termenul de *vinovăție* în detrimentul celui de culpă, deoarece în actuala reglementare legiuitorul nostru a împrumutat termenul specific dreptului penal, apreciind că ar fi adecvat și dreptului privat<sup>157</sup>. Culpă a fost obiectul de studiu al doctrinei pentru mult timp, iar în doctrină s-a afirmat că fundamentarea răspunderii civile ar depinde de maniera de interpretare a acestui termen<sup>158</sup>, idee pe care o putem extinde și în cazul termenului de *vinovăție*. Cu toate acestea, conținutul ambilor termeni în contextul răspunderii civile capătă un sens distinct față de dreptul penal. S-a apreciat că nu ne putem limita doar la aprecierea poziției psihice a făptuitorului în producerea faptei cauzatoare de prejudicii, deoarece este de esența răspunderii civile să se aibă în vedere fapta prejudiciabilă și posibilitatea reparării ei, nu pedepsirea făptuitorului<sup>159</sup>.

Dacă în cazul persoanelor care au capacitate delictuală, aprecierea vinovăției nu pune probleme prea mari, lipsa capacității delictuale a făptuitorului a generat o amplă dezbateră doctrinară, soldată cu o soluție de compromis din partea legiuitorului. Am văzut deja că imputarea vinovăției pentru fapta cauzatoare de prejudiciu în absența discernământului este de neconceput în contextul actualei reglementări. Totuși, omiterea tragerii la răspundere a persoanei lipsite de discernământ pentru fapta sa este o soluție inechitabilă din perspectiva persoanei care a suferit prejudiciul<sup>160</sup>. Tocmai din acest motiv s-a deschis o altă dezbateră doctrinară privind fundamentul juridic sau izvorul unei eventuale obligații de reparare a prejudiciului care să incumbe persoanei lipsite de discernământ.

Înainte de adoptarea actualului Cod, s-a propus ca aprecierea întinderii obligației de reparare a prejudiciului și în cazul celui lipsit de discernământ să se facă pe considerente de echitate<sup>161</sup>. Această viziune a fost recent criticată, susținându-se că, în fond, nu există nici în contextul Codului actual un temei juridic pentru angajarea răspunderii delictuale în cazul persoanei fără discernământ, indiferent cât de corectă sau echitabilă ar fi o astfel de variantă<sup>162</sup>. Legiuitorul nu a ignorat, însă, dezbateră invocată, introducând cu caracter de noutate un temei juridic pentru a reglementa tocmai situația descrisă. Așadar, legea a devenit izvorul juridic al unei așa-zise răspunderi delictuale „subsidiare”, reglementată la art. 1368 sub forma *obligației subsidiare de indemnizare a victimei*<sup>163</sup>, fiind soluția de compromis propusă de legiuitor.

Un ultim aspect pe care dorim să îl detaliem în raport cu dezbaterile doctrinare pe marginea acestui subiect este acela al semnificației noțiunii de *lipsă a discernământului*. Concomitența cu fapta ilicită cauzatoare de prejudicii și neputința de a discerne consecințele faptei respective sunt două condiții care angajează răspunderea subsidiară. Prin urmare, prezența unei capacități parțiale de a discerne va angaja răspunderea pentru fapta proprie în temeiul art. 1357 din Codul civil<sup>164</sup>. Am arătat în secțiunea dedicată inventarului actualului Cod că în cazul minorilor sub 14 ani și a persoanelor puse sub interdicție operează o prezumție relativă de lipsă totală a discernământului. S-a pus, însă, problema celei de-a treia categorie de persoane, care la momentul săvârșirii faptei sufereau de o *tulburare a minții* și aceasta le-a diminuat discernământul. În legătură cu această categorie, s-a argumentat critic că răspunderea subsidiară nu se va putea angaja în cazul unor tulburări de natură fizică (ex. criză cardiacă), deoarece aceste stări nu se încadrează în categoria sus-menționată<sup>165</sup>. În ceea ce ne privește, suntem în dezacord cu această opinie, deoarece considerăm că intenția legiuitorului a fost să reglementeze în mod generic (chiar dacă a făcut o alegere nefericită privind terminologia, s.n.) acele situații în care, în fapt, persoanei respective i-a lipsit discernământul. Credem că este mai puțin relevantă cauza acestei lipse de discernământ, un indiciu fiind caracterul (chiar și) vremelnic prevăzut în art. 1367 alin. 1.

\*

Sumarizând ideile expuse în cadrul acestei scurte analize privind caracterizarea doctrinară a discernământului, extragem câteva puncte de reper în construirea valențelor juridice ale acestui concept.

Mai întâi, discernământul este eminentamente o stare de fapt de natură psihologică, căreia legiuitorul a ales să îi atașeze o serie de efecte juridice (ex., nulitatea relativă a

actului încheiat). Apoi, există cel puțin trei noțiuni juridice în structura cărora discernământul joacă un rol important – capacitatea de exercițiu, consimțământul și capacitatea delictuală.

Nu în ultimul rând, din punct de vedere juridic, relevanța discernământului se reduce în mare parte la stabilirea prezenței sau absenței acestuia (i.e., gradul de discernământ), un aspect care este mai greu de îndeplinit în practică decât pare la prima vedere.

În fine, o viziune generală a doctrinei românești asupra discernământului ar fi aceea că joacă un rol semnificativ în construirea în fapt a capacității de exercițiu (și a lipsei sale, s.n.), fundamentează formarea consimțământului și se contopește cu noțiunea de capacitate delictuală. Prin urmare, relevanța și particularitățile sale se pot observa în relație cu o bună parte din instituțiile de drept civil în structura cărora intră capacitatea de exercițiu, consimțământul, respectiv, capacitatea delictuală.

---

\* Absolventă a Facultății de Drept, UBB Cluj-Napoca; raluca szekely@gmail.com.

<sup>1</sup> M. Mureșan, *Forța obligatorie a contractului*, în A. Ionașcu (coord.), *Contribuția practicii judecătorești în dezvoltarea principiilor dreptului civil român*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1973, p. 163.

<sup>2</sup> Vezi *infra* 2.

<sup>3</sup> A se vedea, în acest sens, o opinie critică în cazul definiției extensive date de Codul Civil actual instituției proprietății, C. Munteanu, *Observații privind limbajul dreptului*, RRDP 3/2007, p. 138.

<sup>4</sup> Lucius Iavolenus Priscus (n. ~50 a. Chr.). Traducere: „Orice definiție în dreptul civil este periculoasă, pentru că rare sunt acelea care nu pot fi răsturnate”.

<sup>5</sup> În același sens, vezi G. Boroș și C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 138- 139.

<sup>6</sup> Situația este aceeași și în cazul Decretului nr. 31/1954, care venea să completeze Codul civil în materia dedicată persoanelor. Totuși, găsim o mențiune a noțiunii de discernământ în art. 25 al Decretului nr. 32/1954, care pune în aplicare dispozițiile Codului familiei și ale Decretului nr. 31/1954. Astfel, art. 25 prevede că: „Minorii care nu au împlinit vârsta de patrusprăzece ani nu răspund pentru fapta lor ilicită decât dacă se dovedește că *au lucrat cu discernământ*”.

<sup>7</sup> Cu toate acestea, vom arăta că doctrina a conturat câteva caracteristici ale discernământului care sunt relevante din punct de vedere juridic și care au fost integrate în actuala reglementare. Vezi *infra* 4.

<sup>8</sup> A se vedea și art. 459 Cod civil pentru o formulare similară în materia restricțiilor la adopție, aici fiind menționat termenul de „boală psihică gravă”. Remarcăm inconsecvența legiuitorului din punct de vedere terminologic.

<sup>9</sup> În același sens, vezi C. Munteanu, *lucr. cit.*, p. 137.

<sup>10</sup> În cazul transplantului de organe, vorbim despre un consimțământ special. Aceasta înseamnă că pe lângă condițiile de valabilitate ale consimțământului instituite de art. 1204 C. civ., s-a adăugat o condiție care particularizează consimțământul de prelevare - necesitatea informării prealabile a donatorului și a donatarului în privința procedurii. Vezi Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 73. Aprecierea discernământului, se va face, în opinia noastră, în funcție de abilitatea persoanei de a înțelege informațiile primite în legătură cu procedura respectivă.

<sup>11</sup> În același sens, vezi Fl. A. Baias și colab., *op. cit.*, p. 74.

<sup>12</sup> Pierderea temporară sau diminuarea discernământului nu justifică punerea sub interdicție. Vezi Colectiv, *Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, vol. I, Ed. Hamangiu, 2012, p. 190; Fl. A. Baias și colab., *op. cit.*, p. 156.

<sup>13</sup> Vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 595.



- <sup>14</sup> C. Chirică, *Ocrotirea anumitor persoane fizice prin măsura punerii sub interdicție judecătorească în lumina dispozițiilor noului Cod civil și a noului Cod de procedură civilă*, Dreptul nr. 1/2012, p. 43.
- <sup>15</sup> Vezi *infra* 3.3.1.
- <sup>16</sup> Vezi E. Florian, *Dreptul familiei*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 59-60.
- <sup>17</sup> *Apud* E. Florian, *op. cit.*, p. 53. Textul nu distinge între prezența sau absența punerii sub interdicție pentru alienație/debilitate mentală. Vezi M. Avram, *Drept civil. Familia*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 59.
- <sup>18</sup> Totuși, s-a susținut în doctrina recentă că nu doar lipsa discernământului la persoanele alienate/debile mental ar justifica nulitatea, nici lipsa capacității de exercițiu, ci incompatibilitatea cu *finalitatea instituției căsătoriei*. Faptul că această categorie de persoane nu poate încheia căsătorii nici în momentul de luciditate ar constitui un indiciu în acest sens. Vezi M. Avram, *op. cit.*, pp. 59-60; A. R. Tănase, *Noul Cod civil. Persoana fizică. Despre familie. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, pp. 275-276.
- <sup>19</sup> P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 321. Pentru o analiză critică a cazurilor în care discernământul este temporar afectat, vezi *infra* 4.2.
- <sup>20</sup> E. Florian, *op. cit.*, p. 60. Autoarea este de părere că lipsa de logică din soluția legiuitorului rezidă în aceea că acesta presupune că poate exista consimțământ valabil chiar și în absența discernământului atunci când este vorba în fapt despre alte cauze decât alienația sau debilitatea mentală.
- <sup>21</sup> Este vorba despre viciile de consimțământ, pentru care s-a instituit același termen de prescripție. Observăm totuși că se face distincția evidențiată în doctrină (vezi *supra* 4.2.) între lipsa discernământului și viciile de consimțământ.
- <sup>22</sup> În legătură cu formula aleasă de legiuitor în acest ultim caz, poate că ar fi fost mai bine, din rațiuni de omogenitate terminologică, să se păstreze noțiunea de discernământ și să nu se fi făcut referire la ea prin sinonimul său.
- <sup>23</sup> Având în vedere concepția conform căreia nulitatea relativă ar fi de fapt o nulitate de protecție. De ex., vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 595.
- <sup>24</sup> Credem că legiuitorul a avut în vedere mai degrabă cauze de lipsă temporară a discernământului precum starea de ebrietate sau furia extremă, așa cum le prezintă doctrina. Ne este greu să imaginăm cazul somnambulismului ca fiind aplicabil contextului avut în vedere.
- <sup>25</sup> S-a susținut totuși în doctrina recentă faptul că nu ar conta stadiul capacității de exercițiu a minorului în cauză. Cu toate acestea, s-a apreciat că textul art. 417 este de strictă interpretare, neputând fi extins și asupra incapabilului aflat într-un moment de luciditate. Vezi Fl.A. Baias și colab., *op. cit.*, p. 456. Pentru opinia contrară, vezi C. Chirică, *lucr. cit.*, p. 46.
- <sup>26</sup> A. R. Tănase, *op. cit.*, p. 552.
- <sup>27</sup> Nu s-ar putea admite valabilitatea manifestării de voință a persoanei majore, exprimată în absența discernământului, din moment ce prezența acestuia este cerută în cazul minorului.
- <sup>28</sup> E. Florian, *op. cit.*, p. 174.
- <sup>29</sup> *Apud* E. Florian, *op. cit.*, p. 257, nota de subsol nr. 1.
- <sup>30</sup> *Ibidem*. În același sens vezi și M. Avram, *op. cit.*, p. 420.
- <sup>31</sup> Pentru o discuție, vezi *infra* 4.2.
- <sup>32</sup> E. Drima, *Discernământul diminuat vs. responsabilitate diminuată*, Ed. Zigotto, Galați, 2011, p. 157. În același sens, jurisprudențial s-a apreciat că simpla autentificare a unui testament nu atestă existența discernământului testatorului, notarul neavând această calitate. Vezi Trib. București, secția a V-a civilă, decizia nr. 783/2004 *apud* V. Terzea, *Noul Cod civil, adnotat cu doctrină și jurisprudență*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 948.
- <sup>33</sup> Pentru detalii, vezi *infra* 4.2.

- <sup>34</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 321. Pentru o opinie critică, vezi și C. Chirică, *lucr. cit.*, pp. 44- 45. Autoarea este de părere că cerința cunoașterii lipsei discernământului de către cocontractant este greșită, fiind suficientă probarea existenței bolii psihice la momentul anterior punerii sub interdicție.
- <sup>35</sup> Art. 1349 alin. 1 prevede îndatorirea avută în vedere în alin. 2: „Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.”
- <sup>36</sup> Răspunderea pentru fapta proprie este o răspundere civilă subiectivă sau directă, deoarece i se impută făptașului care a săvârșit în mod nemijlocit și cu vinovăție fapta delictuală. Vezi P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 606.
- <sup>37</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 607: „Substanțial, capacitatea delictuală nu este decât o altă expresie pentru a desemna discernământul [...]”. Pentru detalii, vezi *infra* 4.3.
- <sup>38</sup> Doctrina recentă a susținut ideea că nu este suficientă doar o alterare a discernământului, „în condițiile în care textul legal invocă experts pierderea totală a acestuia”. Vezi F.I.A. Baias și colab., *op. cit.*, p. 1429.
- <sup>39</sup> Problema minorității pune mai puține probleme din perspectiva problematicii discernământului, principalul criteriu de referință fiind vârsta și nu starea mentală a persoanei în cauză. S-a susținut în doctrină ideea că în ceea ce privește discernământul minorului, acesta este în mod firesc pus la îndoială, fiind încă în dezvoltare. Pentru detalii, vezi E. Florian, *op. cit.*, p. 25.
- <sup>40</sup> Lipsa discernământului – Codul civil prevede cauze patologice precum alienația/debilitatea mentală, tulburarea psihică sau handicapul psihic, dar și tulburarea minții din cauze non-patologice și/ sau temporare.
- <sup>41</sup> Lat., *status libertatis, status civitatis și status familiae*. Apud V. Hanga, M.D. Bob, *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 115.
- <sup>42</sup> C. Stoicescu, *Curs elementar de drept roman (Edițiunea a III-a reziuită și adăogită, București, 1931)*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 73.
- <sup>43</sup> C.S. Tomulescu, *Manual de drept privat roman*, Litografia și Tipografia Învățământului, București, 1958, p.486. V. Hanga, M.D. Bob, *op. cit.*, p. 115.
- <sup>44</sup> *Idem*, p. 152.
- <sup>45</sup> C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 129.
- <sup>46</sup> *Idem*, p. 130.
- <sup>47</sup> *Ibidem.*
- <sup>48</sup> V. Hanga, M.D. Bob, *op. cit.*, p. 153.
- <sup>49</sup> *Idem*, p. 158.
- <sup>50</sup> \*\*\**Instituțiile lui Iustinian*, trad. și note de V. Hanga și M.D. Bob, Universul Juridic, București, 2009, p. 81.
- <sup>51</sup> C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 119.
- <sup>52</sup> S-a susținut în doctrina românească clasică faptul că, în dreptul roman, risipitorii erau de fapt inteziși, iar nebunii erau doar incapacitați sub instituția curatelei. Argumentul utilizat a fost acela că risipitorii nu erau smintiți, pentru că nu conta după cum erau sau nu lucizi, pe când în cazul acestora din urmă actul încheiat într-un moment de luciditate era perfect valabil în dreptul roman. Pentru detalii, vezi D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul III, partea I, Socec & Co., București, 1909, pp. 2-3.
- <sup>53</sup> C. Stoicescu, *op. cit.*, p. 133. Vezi și pentru o dezbatere pe larg a instituției curatelei din perspectiva categoriilor de persoane pe care le viza.
- <sup>54</sup> Textul original al Codului civil de la 1864 conținea meționi exprese privitoare la risipitori în art. 458, prevederi abrogate abia o dată cu Decretul nr. 32/1954. Credem că această categorie desemna, cel puțin în parte, acele persoane cu probleme psihologice manifestate la nivel comportamental, care sunt mai puțin susceptibile să afecteze discernământul (ex., jocul patologic de noroc, comportamente compulsive, afinitate pentru asumarea riscului ca trăsătură de personalitate).

- <sup>55</sup> \*\*\*Inst., p. 81.
- <sup>56</sup> *Ibidem*. Lat., *mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant*.
- <sup>57</sup> Vezi C. Stoicescu, op. cit., pp. 130-131. Profesorul Stoicescu a notat principalele distincții și controverse doctrinare în jurul formulelor lingvistice alese de jurisconsulții romani pentru a desemna categoria eterogenă a persoanelor afectate mintal, în diferite grade.
- <sup>58</sup> În sens contrar, s-a susținut în doctrina clasică românească faptul că *mente captis* ar desemna persoanele „slabe de minte”, adică acele persoane care nu puteau să își gestioneze averea, dar nici nu îndeplineau condițiile pentru punerea sub interdicție. D. Alexandresco, op. cit., Tom III, partea I, p. 81. Vezi și C. Stoicescu, op. cit., pp. 130-131.
- <sup>59</sup> \*\*\*Inst., p. 11.
- <sup>60</sup> V. Hanga, M.D. Bob, op. cit., p. 134.
- <sup>61</sup> \*\*\*Inst., p. 49.
- <sup>62</sup> Pentru detalii, vezi V. Hanga, M.D. Bob, op. cit., p. 135.
- <sup>63</sup> M.D. Bocșan, *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman*. Lumina Lex, București, 2000, p. 42.
- <sup>64</sup> \*\*\* Inst., pp. 156- 157. Lat., *Pretera testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est*.
- <sup>65</sup> *Ibidem*. Lat., *furiosi, quia mente carent*.
- <sup>66</sup> Pentru detalii, vezi D. Chirică, *Drept civil. Succesiuni și testamente*. Ed. Rosetti, București, 2003, p. 139, nota de subsol nr. 2.
- <sup>67</sup> \*\*\* Inst., pp. 292, 295. Lat., *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit*.
- <sup>68</sup> *Idem*, p. 295.
- <sup>69</sup> Cu alte cuvinte, nebunii nu pot testa pentru că nu sunt sănătoși la minte...adică, nebuni (!).
- <sup>70</sup> Absența sănătății mintale îl pune pe nebun în imposibilitatea de a evalua acurat faptele sale.
- <sup>71</sup> Probabil că tocmai această suprapunere conceptuală a generat o controversă doctrinară în dreptul nostru cu privire la noțiunea de incapacitate naturală, susținută de profesorul Mihail Eliescu. Pentru detalii, vezi *infra* 4.
- <sup>72</sup> În cazul Transilvaniei, extinderea aplicării Codului de la 1864 s-a făcut succesiv. Prin Decretul-Lege nr. 389 din 21 iunie 1943 (textul corectat a apărut în M. Of. Nr. 146 din 26 iunie 1943), extinderea prevederilor Codului civil de la 1864 s-a făcut în Transilvania, exceptând Ardealul de Nord, care fusese preluat de Ungaria prin Dictatul de la Viena din 1940. Ulterior, prin Legea nr. 241 din 12 iulie 1947 (M. Of. Nr. 157 din 12 iulie 1947), s-a extins aplicarea Codului și la teritoriul Ardealului de Nord, recuperat în urma Tratatului de Pace de la Paris (1947).
- <sup>73</sup> Pentru un comentariu critic cu privire la etapele și contextul istoric care au definit elaborarea Codului civil, dar și sursele de „inspirație” care au fost avute în vedere, vezi M.D. Bocșan, *Redactarea Codului civil român din 1865*, *Studia Iurisprudentia*, nr. 1/2003, pp. 72-75; M.D. Bocșan, *Problema codificării civile în România – repere pentru revizuirea Codului civil (I)*, *Pandectele Române*, nr. 1/2003, pp. 170-182.
- <sup>74</sup> Cum ar fi proiectul de Cod civil italian, Legea ipotecară belgiană din 1851 sau Legea franceză privind transcripțiunea din 1853, *apud* I. Predescu, *Elogiu codului civil*, *Revista de Științe Juridice* nr. 1/2006, pp. 1-9.
- <sup>75</sup> *Ibidem*.
- <sup>76</sup> D. Alexandresco, (prefață, p. IX) în \*\*\**Codul Caragea* (introducere și adnotări de I. Palade), Ed. Librăriei „Leon Alcalay”, București, 1907.
- <sup>77</sup> *Idem*, p. VIII. Din doctrina străină (germană; Codul Calimach era inspirat după Codul austriac), D. Alexandresco îl menționează pe Zachariae von Liegenthal în lucrarea sa privind Istoria dreptului greco-roman, publicată în 1877 la Berlin. Motivul pentru care Codul Calimach era considerat superior Codului Caragea era acela că fusese bine conceput, nefiind vorba doar de o teorie abstractă, ci o codificare a

dreptului obișnuit. În același sens, vezi și C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. „Națională”, București, 1928, pp. 30-31.

<sup>78</sup> I. Palade (introducere) în \*\*\**Codul Caragea...*, p. XXXI.

<sup>79</sup> \*\*\**Codul Caragea...*, p. 6. Punctul trei, în secțiunea intitulată „Întâia parte. Pentru obraze”.

<sup>80</sup> G. Plastara, *Curs de drept civil român*, vol. I, Ed. „Cartea Românească”, București, 1925, p. 485

<sup>81</sup> Pentru o dezbatere extensivă pe marginea acestui subiect, vezi \*\*\**Codul Calimach*. Ediție critică coordonată de A. Rădulescu. Ed. Academiei R.P.R., București, 1958, pp. 17-26.

<sup>82</sup> \*\*\**Codul civil general austriac*, Trad. de I. Corjescu, Imprimeria Statului, București, 1921.

<sup>83</sup> Lat., *ira furror brevis*.

<sup>84</sup> Ideea a fost susținută și în doctrina clasică. D. Alexandresco, în lucrarea sa de analiză a Codului civil de la 1864 (Tomul 3, partea 1, p. 5), susținea că: „Furia (furor) este starea demenței în cel mai mare grad, care împinge pe om la *acte periculoase* atât pentru dânsul, cât și pentru semenii săi”.

<sup>85</sup> În art. 566 (Cal. 725) se prevedea că cine pretindea că testatorul care își pierdea uzul facultăților mintale ar fi fost „în deplinătatea minții sale” la momentul testării, era dator să dovedească acest lucru.

<sup>86</sup> Confuzia între capacitate și discernământ o găsim și în materie contractuală, unde se prevedea la art. 865 că „cine nu are uzul rațiunii” era incapabil de a contracta, însă dacă persoana respectivă era pusă sub ocrotirea unui curator, aceasta putea să se angajeze doar în acele contracte care îi erau favorabile.

<sup>87</sup> Prin trăsături esențiale înțelegem principalele domenii de incidență a problematicei discernământului, efecte juridice atașate lipsei de discernământ, prezumții care operează în anumite cazuri și pentru anumite categorii de persoane etc..

<sup>88</sup> D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Ediția a II-a (lucrare editată în 15 volume).

<sup>89</sup> Vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 135; D. Chirică, *op. cit.*, pp. 134-139. Pentru detalii, vezi *infra* 4.1 și 4.2.

<sup>90</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, tomul V, p. 25.

<sup>91</sup> Cu toate acestea, nu toate exemplele din doctrina actuală sunt valide (vezi *infra* 4.1) - s-a preferat simpla preluare a acestora din doctrina mai veche. În acest sens, M. Eliescu preciza: „legatul făcut de un alienat sau de un slab de minte neinterzis, sau de o persoană în stare vremelnică de inconștiență, din cauza bolii, a *hipnozei*, a beției alcoolice, a celei provocate prin stupefiante sau a altor asemenea cauze”(în *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R.S.R.*, Ed. Academiei R.S.R., București, 1966, p. 161).

<sup>92</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 138.

<sup>93</sup> Acest argument al „evidentului faptic” ni se pare insuficient la ora actuală, în special în cazul persoanelor considerate „nebune”, care cunosc diferite grade de afectare a capacității intelectuale.

<sup>94</sup> Vezi *supra* 2.

<sup>95</sup> Clarificăm pe scurt modul în care erau ocrotite persoanele care nu beneficiau de uzul rațiunii. În primul rând era interdicția judecătorească, o interdicție *totală* care opera pentru persoanele lipsite în mod continuu de discernământ, din diferite cauze (tulburări mintale de o anumită gravitate). Apoi, se institua consiliu judiciar, care opera ca o interdicție *parțială*, în cazul risipitorilor și a celor „slabi de minte”. D. Alexandresco a criticat această reglementare, datorită cauzelor distincte pentru care se dispunea măsura – un risipitor avea discernământul faptelor sale, pe când unui „slab de minte” deseori îi lipsea. *Op. cit.*, Tomul III, partea I, p. 79 și urm.

<sup>96</sup> D. Alexandresco, *op. cit.*, Tomul IV, partea I, pp. 29- 30.

<sup>97</sup> Pentru descrierea și analiza completă a speței, vezi M.D. Bocșan, *Practică testamentară – jurisprudență română 1865 – 2002. Ediția a II-a*, Ed. „Rosetti”, București, 2003, pp. 262-274.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 274.

- <sup>99</sup> Pentru o analiză pe marginea acestui subiect, vezi *infra* 4.1 și 4.2.
- <sup>100</sup> Întreaga secțiune care reglementa interdicția a fost abrogată o dată cu intrarea în vigoare a Codului familiei în 1953.
- <sup>101</sup> Pentru o dezbatere, vezi D. Alexandrescu, *op. cit.*, Tomul III, partea I, p. 57 și urm.
- <sup>102</sup> C. Munteanu, *lucr. cit.*, p.137.
- <sup>103</sup> *Idem.*, p. 136.
- <sup>104</sup> E. Lupan, M. Răchită, D. Popescu, *Drept Civil. Teoria generală: Curs*. Cluj-Napoca, 1991, p. 141; E. Lupan, *Drept civil. Partea generală: Curs*. Cluj-Napoca, 1995, pp. 155-156.
- <sup>105</sup> E. Lupan, *op. cit.*, p. 155.
- <sup>106</sup> I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 134.
- <sup>107</sup> În același sens, vezi O. Ungureanu, C. Munteanu, *Drept civil. Persoanele – în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2011, p 133.
- <sup>108</sup> A se vedea, G. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 144; I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 135.
- <sup>109</sup> *Apud* E. Lupan, *op. cit.*, p. 162. Vezi și E. Lupan și colab., *op. cit.*, p. 150.
- <sup>110</sup> Vezi G. Boroș, L. Stănculescu, *Drept civil. Curs selectiv pentru licență*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 54.
- <sup>111</sup> I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 135.
- <sup>112</sup> *Ibidem.*
- <sup>113</sup> Engl., *mental capacity*. De exemplu, vezi A. Buchanan (2004). *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, Journal of the Royal Society of Medicine 98, pp. 415-420.
- <sup>114</sup> Engl., *legal competence*. Echivalentul capacității de exercițiu; utilizat în literatura anglo-americană.
- <sup>115</sup> Unii autori au tratat cele două noțiuni ca sinonime. Vezi O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 121. Un aspect interesant pe care l-am remarcat a fost că autori care au criticat noțiunea de incapacitate naturală în contextul analizării relației dintre discernământ și capacitate de exercițiu, s-au prevalat ulterior de această sinonimie în analiza problematicii consimțământului. Vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 487-488.
- <sup>116</sup> G. Boroș, L. Stănculescu, *op.cit.*, p.54. De asemenea, vezi și E. Lupan, *op. cit.*, p. 162; G. Beleiu, *op. cit.*, p. 150.
- <sup>117</sup> Vezi M.T. Orne (1959). *The nature of hypnosis: Artifact and essence*. Journal of Abnormal and Social Psychology 58, pp. 277-299; Orne, M.T. (1979). *The use and misuse of hypnosis in court*. International Journal of Clinical and Experimental Hypnosis 27, pp. 311-341.
- <sup>118</sup> P. Vasilescu, *op.cit.*, p. 321. În același sens, vezi și I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 488.
- <sup>119</sup> G. Boroș, C.A. Angheliescu, *op. cit.*, p. 139.
- <sup>120</sup> O. Ungureanu, C. Munteanu, *op. cit.*, p. 122-123.
- <sup>121</sup> *Idem*, p. 122. În același context s-a reiterat și vechea noțiune de „incapacitate de fapt”; vezi *supra* 3.1.
- <sup>122</sup> *Ibidem.*
- <sup>123</sup> *Ibidem.*
- <sup>124</sup> Pentru detalii, vezi *infra* 4.2.
- <sup>125</sup> D. Chiriță, *op. cit.*, pp. 135-139.
- <sup>126</sup> *Idem*, p.137.
- <sup>127</sup> M. Eliescu, *Devoluțiunea...*, p. 159.
- <sup>128</sup> C. Chiriță, *lucr. cit.*, p. 47.
- <sup>129</sup> *Idem*, pp. 47- 48. Testamentul este un act strict personal, prin urmare exclude ideea de asistare sau reprezentare.

- <sup>130</sup> Art. 43 alin. 3: „[...] persoana lipsită de capacitatea de exercițiu poate încheia singură actele anume prevăzute de lege, actele de conservare, precum și actele de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la momentul încheierii lor”. Darurile manuale sunt un exemplu dat în doctrină pentru categoria „acte anume prevăzute de lege”. *Apud* C. Chirică, *lucr. cit.*, p. 45.
- <sup>131</sup> Vezi *supra* 4.1. Discernământul nu poate fi categorizat (i.e., există sau nu), ci mai degrabă se manifestă pe un continuum.
- <sup>132</sup> O variantă inițială a fost propusă de Traian Ionașcu în: (vol. Colectiv), *Tratat de drept civil*, vol. I, Ed. Academiei R.S.R., București, 1967, pp. 262-264.
- <sup>133</sup> În același sens, vezi I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 488.
- <sup>134</sup> G. Belei, *op. cit.*, p. 149; G. Boroș, C.A. Anghel, *op. cit.*, p. 138.
- <sup>135</sup> E. Lupan, *op. cit.*, p. 162.
- <sup>136</sup> T. Ionașcu în: (vol. Colectiv), *op. cit.*, p. 263.
- <sup>137</sup> Vezi *supra* 2 pentru un comentariu pe marginea acestei reglementări, din perspectiva Codului civil actual.
- <sup>138</sup> T. Ionașcu în: (vol. Colectiv), *op. cit.*, p. 263.
- <sup>139</sup> De exemplu: Î.C.C.J. Decizia civilă nr. 3255/2005 *apud* P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 321. În cuprinsul deciziei: „lipsa discernământului în exprimarea voinței nu relevă inexistența consimțământului, ci un simplu viciu al acestuia, care nu atrage decât nulitatea relativă a actului”. Text integral aici: <http://www.scj.ro>.
- <sup>140</sup> Vezi *supra* 2. pentru un comentariu pe marginea acestui articol de lege.
- <sup>141</sup> T. Bodoașcă, S.O. Nour, I. Maftai, *Drept civil. Partea generală. Subiectele dreptului civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 93.
- <sup>142</sup> *Ibidem*.
- <sup>143</sup> În același sens, vezi P. Vasilescu, *op. cit.*, pp. 320-321.
- <sup>144</sup> I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 423.
- <sup>145</sup> Notăm că această abordare a fost preluată de către legiuitor în actuala reglementare. Vezi art. 1204 Cod civil: „Consimțământul părților trebuie să fie serios, liber exprimat și în cunoștință de cauză”.
- <sup>146</sup> Calitățile voinței interne: să fie liberă și conștientă, să fie animată de intenția de a produce efecte juridice și să fie exteriorizată. *Idem*, pp. 425-426.
- <sup>147</sup> *Idem*, p. 426; P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 321.
- <sup>148</sup> E. Florian, *op. cit.*, pp. 22-23. Autoarea face referire la condiția existenței consimțământului în materia căsătoriei.
- <sup>149</sup> D. Chirică, *op. cit.*, p. 138.
- <sup>150</sup> *Idem*, p. 139.
- <sup>151</sup> *Idem*, pp. 137-138.
- <sup>152</sup> Vezi *supra* 3.3.1.
- <sup>153</sup> Noțiunea de capacitate delictuală este o creație doctrinară. Vezi, M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, pp. 225-229.
- <sup>154</sup> *Ibidem*.
- <sup>155</sup> P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 607.
- <sup>156</sup> L.B. Boilă, *Vinovăția, fundament al răspunderii civile în ambele sale forme, în textele Noului cod civil, ca și în ale celui precedent*, în *Dreptul* nr. 1/2012, p. 174.
- <sup>157</sup> S-a susținut în contextul vechii reglementări că ar fi de dorit ca legiuitorul să nu folosească alternativ termenii de culpa și vinovăție, vezi L.R. Boilă, *Culpa – eterna doamnă a răspunderii civile delictuale*, în *R.R.D.P.* nr. 2/2010, p. 35. Din păcate, legiuitorul a ignorat motivele pentru care a recurs în primă instanță la preluarea termenului din dreptul penal (cuprinde atât ideea de intenție, cât și cea de culpă), dând dovadă de inconsecvență prin utilizarea celor doi termeni ca sinonime. Vezi L. Pop, *Contribuții la studiul obligațiilor civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 439-440.

<sup>158</sup> L.B. Boilă, *lucr. cit.*, p. 166. Pentru detalii privind criteriile de apreciere a culpei, vezi L.R. Boilă, *lucr. cit.*, pp. 55-58.

<sup>159</sup> L.R. Boilă, *lucr. cit.*, pp. 38-39.

<sup>160</sup> L. B. Boilă, *lucr. cit.*, p. 175.

<sup>161</sup> A. Tamba, *Izvorul obligației persoanei lipsite de discernământ de a repara prejudiciul pe care l-a cauzat: „Culpa fără imputabilitate” sau echitatea?* în R.R.D.P. nr. 6/2007, p. 203.

<sup>162</sup> S. Gherdan, *Răspunderea delictuală „subsidiară”* în Pandectele Române nr. 6/2012, pp. 96-97.

<sup>163</sup> *Idem*, pp. 105-107. Vezi pentru o dezbateră privind neconstituționalitatea acestei prevederi.

<sup>164</sup> *Idem*, p. 113.

<sup>165</sup> *Idem*, p. 113-114.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **CÂTEVA ASPECTE REFERITOARE LA COMPETENȚA MATERIALĂ A JUDECĂTORIILOR CA INSTANȚE DE PRIM GRAD ÎN MATERIA PARTAJULUI SUCCESORAL SUB IMPERIUL NOULUI COD DE PROCEDURĂ CIVILĂ**

**Florin VĂDEANU\***

**Résumé :** Quelques aspects concernant la compétence matérielle des tribunaux comme instances de premier degré en matière de partage successoral, selon le nouveau code de procédure civile. Traditionnellement, les demandes successorales à coté de celles concernant le partage judiciaire attiraient la compétence matérielle des tribunaux, en tant qu'instances de premier degré.

Le Code de Procédure Civile 2010 introduit la plénitude de compétence des tribunaux, ceux-ci solutionnant toutes les demandes qui ne sont pas, par loi, solutionnées par d'autres instances.

Par conséquent, on pose le problème de clarifier les limites du partage successoral en déterminant la compétence matérielle des tribunaux et des tribunaux de grande instance. La conclusion : les tribunaux sont investis seulement avec la demande de partage proprement dite, dans les conditions où celle-ci a le privilège d'être la demande principale, étant accompagnée ou pas par des demandes accessoires où qui dépendent de sa solution, telles celles prévues par l'art. 983, 984 du Code de Procédure Civile 2010.

**Cuvinte cheie:** Noul Cod de Procedură Civilă , plénitude de competență a tribunalelor , competența de atribuțiune a judecătorilor, cererile de împărțeață judiciar , procedura prealabilă , timbraj

**Mots clés :** Nouveau Code de Procédure Civile, plénitude de compétence des tribunaux de grande instance, compétence d'attribution des tribunaux d'instance, les demandes de partage judiciaire, la procédure préalable, timbrage

Intrarea în vigoare la 15 II 2013 a Noului Cod de Procedură Civilă adoptat prin Legea Nr. 134 din 1 iulie 2010, în temeiul art. 81 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă a adus modificări în ceea ce ține de competența de atribuțiune a instanțelor judecătorești.

În acest sens se consacră prin dispozițiile art. 95 pct. 1 din CPC plénitudinea de competență a tribunalelor, în sensul că acestea în primă instanță vor soluționa toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe, soluția fiind principial corectă<sup>1</sup>, în condițiile în care și anterior, din punct de vedere legislativ s-a mai adoptat o asemenea soluție<sup>2</sup>.

În atare condiții competența de atribuțiune a judecătorilor se limitează se limitează la dispozițiile art. 94 din CPC, conform cărora acestea vor soluționa în primă instanță :1. în primă



instanță, următoarele cereri al căror obiect este evaluabil sau, după caz, neevaluabil în bani: a) cererile date de Codul civil în competența instanței de tutelă și de familie, în afară de cazurile în care prin lege se prevede în mod expres altfel; b) cererile referitoare la înregistrările în registrele de stare civilă, potrivit legii; c) cererile având ca obiect administrarea clădirilor cu mai multe etaje, apartamente sau spații aflate în proprietatea exclusivă a unor persoane diferite, precum și cele privind raporturile juridice stabilite de asociațiile de proprietari cu alte persoane fizice sau persoane juridice, după caz; d) cererile de evacuare; e) cererile referitoare la zidurile și șanțurile comune, distanța construcțiilor și plantațiilor, dreptul de trecere, precum și la orice servituți sau alte limitări ale dreptului de proprietate prevăzute de lege, stabilite de părți ori instituite pe cale judecătorească; f) cererile privitoare la strămutarea de hotare și cererile în grănițuire; g) cererile posesorii; h) cererile privind obligațiile de a face sau de a nu face neevaluabile în bani, indiferent de izvorul lor contractual sau extracontractual, cu excepția celor date de lege în competența altor instanțe; i) cererile de împărțeață judiciară, indiferent de valoare<sup>3</sup>; j) orice alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 200.000 lei inclusiv, indiferent de calitatea părților, profesioniști sau neprofesioniști; 3. căile de atac împotriva hotărârilor autorităților administrației publice cu activitate jurisdicțională și ale altor organe cu astfel de activitate, în cazurile prevăzute de lege; 4. orice alte cereri date prin lege în competența lor.

Jurisprudența s-a confruntat cu interpretarea dispozițiilor art. 94 pct. 1 lit. i) din CPC legate de întinderea conceptului de „cerere de împărțeață judiciară” în materie succesorală, având în vedere că anterior prin CPC1865 în forma sa ultimă publicată judecătoriiile soluționau atât cererile de împărțeață judiciară cât și pe cele în materie succesorală<sup>4</sup>. În CPC 2010 această distincție dispăre, astfel încât se pune problema în ce măsură soluționează ca instanțe de prim grad judecătoriiile litigiile succesoriale care includ și capete de cerere vizând starea stării de indiviziune succesorală.

Cert este că judecătoriiile soluționează ca instanțe de prim grad partajele judiciare indiferent de valoare atât în ceea ce privește proprietatea comună pe cote-părți, proprietatea aflată în codevălmășie cât și sistarea stării de indiviziune în materie succesorală.

S-a opinat de jurisprudență că prin incidența dispozițiilor art.99 alin. secund din CPC 2010 în cazul unor capete de cerere apreciate distincte care se referă la vocația succesorală, exercițiul opțiunii succesoriale, acestea au caracter de sine stătător, fiind cereri principale la fel ca și capetele de cerere referitoare la partajul judiciar propriu-zis și ca atare competența de soluționare revine tribunalelor, ele având plenitudine de competență<sup>5</sup>. Fostul Tribunal Suprem a statuat că în cadrul cererii de ieșire din indiviziune nu se pot discuta drepturile stabilite cu ocazia dezbaterilor succesoriale pe baza declarațiilor moștenitorilor. Declarațiile făcute în cadrul dezbaterilor succesoriale notariale pot fi numai anulate, dacă se dovedește că au fost urmarea unui viciu de consimțământ<sup>6</sup>.

În doctrină s-a opinat, dimpotrivă, că deși odată cu partajul se pune în discuție și sursa coproprietății – ex. se invocă nulitatea titlului de proprietate, se contestă validitatea testamentului, se face o cerere de reducere sau de raport etc. – or, în materie succesorală se cere și deschiderea succesiunii, stabilirea moștenitorilor, a cotelor acestora și a masei succesoriale nu se impune distribuirea competenței între judecătorie și tribunal, în funcție de criteriul valorii acestor cereri, întrucât toate cererile menționate au drept scop final partajul vor face corp comun cu acesta și vor fi judecate în primă instanță la judecătorie<sup>7</sup>.

S-a mai reținut că în cadrul procesului pentru partajarea succesiunii, instanța trebuie să constate, pe de o parte, persoanele cu vocație la moștenire și cota lor succesorală, iar, pe de altă parte, masa completă a succesiunii care urmează să fie împărțită<sup>8</sup>.

De asemenea într-o altă opinie se relevă că dacă cererea de partaj este precedată de cereri având ca obiect constatarea deschiderii succesiunii, a calității de moștenitor și a cotelor-părți, aceste cereri nu pot fi calificate ca principale, ci simple chestiuni prealabile ce trebuie soluționate în cadrul partajului (ele nu trebuie formulate distinct), instanța fiind investită, în fapt cu o cerere unică, având ca finalitate partajul, interpretarea sprijinindu-se pe textele speciale din materia procedurii speciale de partaj, precum art.979, art.983 alin. (1). Ca urmare „cererile” de natura celor amintite privesc aspecte indispensabile oricărui partaj, nefiind veritabile capete de cerere distincte; ele nu pot fi privite ca cereri accesorii, în realitate, cererea principală, unică cu care este sesizată instanța fiind partajul, care este de competența exclusivă a judecătoreiei, chiar dacă pârâții ar formula, pe cale incidentală, cereri prin care se contestă calitatea de moștenitor a unei părți ori cotele ce se cuvin acestora (bunăoară pe calea unei acțiuni în anularea certificatului de moștenitor sau în reducățiunea liberalității excesive). Aceste cereri vor urma regimul prevăzut de art. 123 alin. 1 din CPC, corespondentul art. 17 CPC<sup>9</sup>.

Probleme au ridicat doctrinei cazul în care cererea de împărțeaă propriu-zisă se alătură altor cereri în materie succesorală în urma interpretării dispozițiilor art. 94 pct. 1 lit. i) din CPC coroborat cu art. 105 din CPC „cererile în materie de moștenire” (în materie de moștenire, competența după valoare se determină fără scăderea sarcinilor sau datoriiilor moștenirii). S-a considerat pe de o parte că dispozițiile art. 105 CPC referitoare la valoarea obiectului cererilor în materie de moștenire nu pot fi considerate derogatorii de la regula prevăzută de art. 94 pct. 1 lit. i) CPC, întrucât sunt formulate generic, în timp ce o derogare ar fi trebuit reglementată explicit în privința cererilor de împărțeaă în această materie, din coroborarea normelor în discuție ar rezulta că sunt supuse criteriului valoric toate cererile provenind dintr-o succesiune, cu excepția celor de împărțeaă judiciară, care sunt de competența în primă instanță a judecătoreiei, indiferent de valoarea obiectului cererii<sup>10</sup>, respectiv cererea în anularea unui testament, cererea pentru constatarea validității unui testament, cererea în anularea certificatului de moștenitor, cererea pentru reducățiunea liberalităților excesive, cererea pentru raportul donațiilor, valoarea obiectului cererii în asemenea cazuri calculându-se în funcție de valoarea activului masei succesorale, deoarece legiuitorul prevede că nu vor fi scăzute sarcinile sau datoriiile moștenirii<sup>11</sup>.

În măsura în care se interpretează că partajul ar avea caracter accesoriu față de cererile în materie succesorală care influențează rezultatul partajului și care urmăresc o finalitate distinctă față de partaj, putând fi formulate și de sine stătător, competența s-ar stabili după valoarea obiectului cererii principale (ex. valoarea supusă reducățiunii), fără ca aceasta să echivaleze întotdeauna cu valoarea masei partajabile (activul brut potrivit art. 105 CPC), iar partajul ar urma regimul prevăzut de art. 123 alin. (1) din CPC, fiind de competența judecătoreiei ori a tribunalului după caz. Dacă se interpretează că partajul constituie finalitatea oricărei cereri în materie succesorală împreună cu care este formulat –iar un argument interesant în sprijinul acestei teze îl constituie împrejurarea că cereri precum reducățiunea liberalităților excesive ori raportul donațiilor se soluționează prin

încheierea de admitere în principiu [art. 984 alin. (2) NCPC], iar nu prin hotărârea de partaj, fiind așadar etape de realizare a acestuia – aceasta constituie, în realitate, cererea principală, competența judecătorească fiind atrasă de prevederile art. 94 pct. 1 lit. i) CPC, indiferent de valoare. Autorii consideră că această interpretare este preferabilă chiar dacă aparent este dificil de susținut față de prevederile art. 30 alin. (4) CPC, criteriul valoric de stabilire a competenței se aplică numai cererilor în materie succesorală formulate fără a se solicita totodată și partajul<sup>12</sup>.

În măsura în care instanțele sunt investite cu partaj judiciar succesoral în ceea ce privește amintirile de familie soluția dată se limitează la nivelul partajului voluntar, date fiind dispozițiile prohibitive prevăzute de art. 1142 alin. (2) din Codul Civil, fiind inadmisibilă *per a contrario* ieșirea din indiviziune pe cale judecătorească, legiuitorul preferând ca pe durata indiviziunii, prin acordul moștenitorilor sau, în lipsa acestuia, prin hotărârea instanței, amintirile de familie să fie depozitate în interesul familiei la unul ori mai mulți moștenitori sau în locul convenit de ei (idem, alin. 3), moștenitorul desemnat ca depozitar poate revendica bunurile care constituie amintiri de familie de la cel care le deține pe nedrept, dar nu le poate înstrăina, împrumuta sau da în locațiune fără acordul unanim al coindivizivilor (idem, alin. 4).

Din punctul nostru de vedere cererile precum stabilirea vocației succesoriale, stabilirea calității de moștenitor, în anularea unui testament, pentru constatarea validității unui testament ori în anularea certificatului de moștenitor au caracter distinct, având caracter principal, nicidecum accesorii în sensul art. 30 din CPC cu aplicarea art. 123 din CPC pe cale de consecință, ele antrenând un probatoriu bogat, complex uneori, sensibil diferit de cel al partajului propriu-zis.

Pentru clarificarea caracterului principal al acestor cereri se impune să clarificăm obiectul cererii de împărțeală judiciară. Alături de elementele cerute de art. 194 din CPC<sup>13</sup>, cererea va face referire și la bunurile asupra cărora părțile au un drept de proprietate comună (art. 979 din CPC), persoanele între care urmează a avea loc partajul, titlul pe baza căruia acesta este cerut, toate bunurile supuse partajului, valoarea lor, locul unde acestea se află, precum și persoana care le deține sau le administrează (art. 980 din CPC)<sup>14</sup> sub sancțiunea anulării cererii în cadrul procedurii scrise în temeiul art. 200 alin. (3) din CPC<sup>15</sup>. În cadrul procesului de partaj se pot adopta fie hotărâri parțiale care privesc partajul anumitor bunuri conform înțelegerilor intervenite între părți (art. 982 din CPC), fie încheieri de admitere în principiu, sentințe sau decizii civile – după caz – prin care se va stabili de instanța de judecată bunurile supuse împărțelii, calitatea de coproprietar, cota-parte ce se cuvine fiecăruia și creanțele născute din starea de proprietate comună pe care coproprietarii le au unii față de alții, iar dacă se împarte o moștenire, instanța va mai stabili datoriile transmise prin moștenire, datoriile și creanțele comoștenitorilor față de defunct, precum și sarcinile moștenirii (art. 983-985, 994 din CPC). Potrivit art. 984 alin. secund din CPC dacă, în condițiile legii, s-au formulat și alte cereri în legătură cu partajul și de a căror soluționare depinde efectuarea acestuia, precum cererea de reducere a liberalităților excesive, cererea de raport al donațiilor și altele asemenea, prin încheierea de admitere în principiu instanța se va pronunța și cu privire la aceste cereri. Se observă că în acest caz legiuitorul face aplicarea art. 123 din CPC în sensul că apreciază accesorialitatea cererilor de reducere a liberalităților excesive și a raportului donațiilor la cererea de

partaj. Dilema vizează interpretarea expresiei „altele asemenea” care opinăm (după modul de enumerare adoptat) se referă tot la acțiuni patrimoniale, evaluabile în bani, cu titlu accesoriu, deci care nu au caracter principal gen deschiderea succesiunii etc., precum cererile de plată a unor creanțe de către moștenitori formulate de creditorii succesoralii, cereri formulate de coerezi privind eliminarea unor bunuri din cadrul procedurii de lichidare a patrimoniului succesoral, acțiunea în separația de patrimonii, imputarea liberalităților.

Procesul de împărțeață judiciară vizează încetarea proprietății comune sub formele prevăzute de art. 632 din Codul Civil, respectiv proprietatea pe cote-părți, proprietatea în devălmășie. Normele procesuale privind procedura partajului judiciar prevăzută de art. 979-995 din CPC se completează cu cele din dreptul material cuprinse în art. 669-686 din Codul Civil.

Cererea de împărțeață judiciară poate avea de obiect și partajul de folosință, în condițiile în care art. 639 din Codul Civil prescrie că modul de folosire a bunului comun se stabilește prin acordul coproprietarilor, iar în caz de neînțelegere, prin hotărâre judecătorească, efectele acesteia putând fi paralizate doar prin realizarea partajului de proprietate<sup>16</sup>. Și în materia sistării indiviziunii successorale se poate regăsi un asemenea capăt de cerere în măsura în care aceasta nu este posibilă și devin astfel aplicabile prevederile art. 993 alin. (3) din CPC<sup>17</sup>, fiind posibil un acord între coerezi cu privire la această modalitate de partajare provizorie, cu caracter temporar. Este cazul coerezilor care locuiesc în acel imobil, fiecare dintre aceștia dispun de un drept de proprietate asupra câte unui apartament, fiind în indiviziune asupra terenului.

Din punctul nostru de vedere atunci când în materie succesorală se cere și deschiderea succesiunii, stabilirea moștenitorilor, a cotelor acestora și a masei successorale, constatarea nedemnității successorale, revocarea legatelor în stabilirea competenței materiale se impune interpretarea dispozițiilor art. 99 alin. 2 din CPC, art. 123 și 124 din CPC cu raportare la art. 30 alin. (3-4) din CPC. Potrivit acestui din urmă text cererea principală este cererea introductivă de instanță, care poate cuprinde capete de cerere principale, cât și capete de cerere accesorii, unde cele accesorii sunt cele a căror soluționare depinde de soluția dată unui capăt de cerere principal. Observăm că deschiderea succesiunii, vocația succesorală, exercițiul opțiunii successorale nu depind de modul de soluționare a împărțelii judiciare, ci invers. Este știut de altfel, între altele, că axul central al opțiunii successorale îl constituie transmiterea activului și pasivului moștenirii, dat fiind faptul că finalmente inexistența activului și pasivului moștenirii atrag inexistența succesiunii<sup>18</sup>.

Cererile privind deschiderea succesiunii, stabilirea vocației successorale, transmiterea succesorală implică în multe situații ivite în practică încuviințarea și administrarea unui bogat probatoriu distinct de cel al partajului succesoral conjugat și cu justificarea de către autorii cererii introductive de instanță a procedurii prealabile, apreciată de doctrină ca fiind esențialmente jurisdicțională, cu toate consecințele ce decurg de aici<sup>19</sup> deci cu respectarea cerințelor art. 193 alin. (3) din CPC<sup>20</sup>. În mod expres art. 193 din CPC nu prevede care este sancțiunea pentru încălcarea sa, ceea ce a determinat doctrina, la care ne raliem că se impune o prevedere expresă în cuprinsul textului<sup>21</sup>. În raport de dispozițiile art. 174 și urm. din CPC, dar și ale art. 245 și urm. din CPC sancțiunea lipsei încheierii prevăzute de art. 193 alin. (3) din CPC, în forma reglementată prin art. 330 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor

publici și a activității notariale nr. 36/1995 adoptat prin Ordinul ministrului justiției nr. 2.333/C din 24 iulie 2013 nu o constituie nulitatea cererii ca informă în sensul art. 200 alin. (3) din CPC, ci inadmisibilitatea promovării cererii de chemare în judecată determinată exclusiv de nerespectarea obligației de a depune la dosar încheierea notarială, iar nu și de lipsa sesizării notarului public cu deschiderea procedurii succesorală, întrucât aceasta din urmă nu are semnificația unei proceduri prealabile și obligatorii introducerii cererii la instanța judecătorească, în măsura în care părțile doresc să dezbată procedura succesorală în fața instanței, preîntâmpinând eventualele neînțelegeri ce ar cauza suspendarea procedurii succesorală notariale pot sesiza direct instanța, având numai obligația legală de a depune la dosar încheierea prevăzută de art. 193 alin. (3) din CPC<sup>22</sup>. Ceea ce este obligatoriu este să se probeze verificările efectuate de către notarul public<sup>23</sup>. Excepția inadmisibilității<sup>24</sup> se va invoca de pârât doar prin întâmpinare așa cum prevede alin. secund al art. 193 din CPC, în timp ce pentru instanța de judecată nu există o limită, ceea ce presupune că se poate invoca nu neapărat doar la judecata în fond, în substanță fiind o problemă legată însăși de securitatea raporturilor juridice. Deci din punctul nostru de vedere instanța nu este limitată la primul termen de judecată pentru a invoca lipsa procedurii prealabile, nefiind aplicabile prevederile art. 178 alin. (3) lit. a) din CPC, dat fiind că nulitățile relative privind neregularitățile săvârșite până la începerea judecării nu se pot invoca de instanță din oficiu, ci doar de partea interesată prin întâmpinare.

Pe de altă parte stabilirea masei partajabile și celelalte capete de cerere la care se referă art. 980 și urm. din CPC au și ele caracter principal. Cum petitele de partaj propriu-zis depind de celelalte capete de cerere, iar acestea nu se regăsesc în competența de atribuțiune exclusivă prevăzută de art. 94 din CPC, ele atrag competența exclusivă a tribunalului în temeiul art. 95 pct. 1 din CPC (judecă în primă instanță toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe). În atare context nu-și găsesc aplicabilitatea prevederile art. 123 din CPC în ceea ce privește interpretarea ca fiind cereri accesorii a petitelor privind deschiderea succesiunii, exercițiul opțiunii succesorală neputând fi primită. În ipoteza în care partajul este alăturat altor cereri succesorală precum anularea certificatului de moștenitor, petiție de ereditate competența materială este ținută să fie stabilită urmare criteriului valoric, ceea ce înseamnă că în anumite situații poate deveni competent în soluționarea cauzei și tribunalul dacă valoarea pricinii constând în activul brut depășește suma de 200.000 lei, în acest caz partajul fiind accesoriu celorlalte capete de cerere apreciate ca fiind principale.

În ceea ce privește incidența art. 124 din CPC<sup>25</sup> considerăm că petitele principale sus relevate nu pot constitui simple chestiuni prealabile, ci intră în sfera chestiunilor prejudiciale înțelese drept chestiuni litigioase care trebuie să facă obiectul unei examinări și soluționări prealabile de către instanța competentă, în mod definitiv, astfel încât soluția să poată fi invocată cu autoritate de lucru judecat în orice proces ulterior<sup>26</sup>. În ipoteza în care pe rolul judecătoriei se află partajul propriu-zis, iar pe rolul tribunalului cererea succesorală vizând celelalte petite, primul for la cererea pârâtului sau din oficiu procedează la suspendarea judecării până la soluționarea definitivă a chestiunii prejudiciale conform art. 413 alin. (1) pct. 1. din CPC<sup>27</sup>. Nimic nu împiedică judecătoria în cazul în care este investită cu mai multe capete de cerere principale, dintre care unele de competența materială a unor instanțe superioare (ex. constatarea nedemnității succesorală)

să procedeze la disjungere, iar apoi pe fondul chestiunii prejudiciale ivite să suspende procesul de partaj propriu –zis până la finalizarea procesului succesoral aflat pe rolul celorlalte instanțe de judecată.

Cu titlu de noutate este textul ultimului aliniat din art. 413 care permite instanței ce a pronunțat suspendarea să revină asupra suspendării, dacă se constată că partea a cerut – o nu are un comportament diligent în cadrul procesului care a determinat suspendarea, tergiversând soluționarea acestuia, ori dacă din urmărirea penală care a determinat suspendarea durează mai mult de un an de la data la care a intervenit suspendarea, fără a se dispune o soluție în acea cauză. Aceasta presupune verificarea, urmărirea de instanța de fond a dosarului de care depinde soluționarea cauzei aflat la instanța superioară pentru a se califica judicios conduita nediligentă a părții, contrară prevederilor art. 10 din CPC<sup>28</sup>, doctrina considerând că instanța va trebui să dispună repunerea cauzei pe rol din oficiu sau la cererea părții interesate care va semna fie conduita nediligentă a părții, fie împlinirea termenului de un an, în vederea verificării măsurii suspendării și a reluării judecării, potrivit art. 415 pct. 4 din CPC<sup>29</sup>, în opinia noastră cererea de redeschidere formulată de partea diligentă interesată de soluționarea procesului, fiind scutită de timbrare în urma interpretării dispozițiilor art. 9 lit. g) din O.U.G.nr.80/2013 privind taxele judiciare de timbru.

Conform art.99 alin. (2) din CPC (2) în cazul în care mai multe capete principale de cerere întemeiate pe un titlu comun ori având aceeași cauză sau chiar cauze diferite, dar aflate în strânsă legătură, au fost deduse judecării printr-o unică cerere de chemare în judecată, instanța competentă să le soluționeze se determină ținându-se seama de acea pretenție care atrage competența unei instanțe de grad mai înalt. În ipoteza analizată este mai mult decât evident că tribunalul este forul investit, fiind instanța de grad mai înalt, nefiind în ipoteza în care să se impună disjungerea prevăzut de alin. (1) al aceleiași text.

Chiar și în ipoteza în care reținem că finalitatea unei succesiuni o constituie partajul în condițiile incidenței dispozițiilor art. 99 alin. (2) din CPC considerăm că având în vedere capetele de cerere care nu cad în sarcina judecătoriei, competența aparține tot tribunalului nu atât funcție de criteriul valoric, ci de cel legat de cereri care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe. Din punctul nostru de vedere atunci când ne referim la capete de cerere principale acestea prin excelență au finalitate proprie, doar conturarea finală a transmisiunii succesorală poate determina nașterea dreptului de acțiune în materia partajului propriu-zis, țelul moștenirii constituindu-l în interpretarea noastră respectul pe care fiecare dintre noi îl datorăm defunctului, modul în care înțelegem să ne raportăm la personalitatea sa, primirea sau repudierea moștenirii în măsura în care avem dreptul fiind baza pentru a discuta despre ieșirea din indiviziune succesorală.

Pe de altă parte cum bine s-a relevat în jurisprudența înfățișată O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru prin art. 5 se raportează la obiectul cererii de partaj judiciar așa cum este reglementat prin art. 980 și urm. din CPC, înțelegând să reglementeze doar timbrajul cererilor care stabilesc: bunurile supuse împărțelii; stabilirea calității de coproprietar și stabilirea cotei-părți ce se cuvine fiecărui coproprietar, creanțele pe care coproprietarii le au unii față de alții, născute din starea de proprietate comună; cererea de raport; cererea de reducere a liberalităților excesive și cererea de

partaj propriu-zis. Se distinge așadar o deosebire majoră față de Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru unde la art. 3 lit. c) la prima liniuță era indicată cererea pentru stabilirea calității de moștenitor. Observăm cu alte cuvinte că acest tip de cerere cel puțin în materie procesual fiscală nu mai este prevăzută în noul act normativ. De unde se deduce că legiuitorul a apreciat că stabilirea calității de moștenitor este supusă altui regim de timbrare, în interpretarea noastră fiind prevăzută de art. 27 din actul normativ citat privind alte acțiuni sau cereri neevaluabile în bani, care se taxează cu 20 lei. Calitatea de coproprietar nu poate fi asimilată calității de moștenitor<sup>30</sup>.

În concluzie, pornind de la premisa că plenitudinea de competență aparține tribunalelor, competența judecătorilor ca instanțe de prim grad în materia împărțelii judiciare în domeniul succesiunilor este țărnută la nivelul partajului propriu-zis, în condițiile în care acesta deține privilegiul de capăt principal de cerere, fiind însoțit sau nu de capete de cerere accesorii sau care țin de soluționarea partajului propriu-zis, precum cele prevăzute de art. 983, 984 din CPC.

\* Doctor în drept, judecător Judecătoria Sibiu; vdnflorin@yahoo.com.

<sup>1</sup> Viorel Mihai Ciobanu, Marian Nicolae coordonatori, *Noul Cod de Procedură Civilă comentat și adnotat*, vol. I, art. 1-526, Editura Universul Juridic, București, 2013, pag. 277

<sup>2</sup> Art. 8 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă Carol al II-lea (1940)

<sup>3</sup> Se observă o inconsecvență terminologică uzitată de legiuitor. Bunăoară la art. 94 folosește expresia de împărțeală judiciară, în timp ce în cadrul procedurilor speciale se referă la procedura partajului judiciar (art. 979 și urm.). În vechiul cod de procedură civilă legiuitorul apelează de exemplu la expresia împărțirea de succesiuni (art. 657 în Ediția oficială a Ministerului Justiției din anul 1958) în capitolul dedicat împărțirilor și licitațiilor. Prin Noul Cod de Procedură Civilă constatăm că se revine la terminologia din Legea nr. 603 din 10 septembrie 1943 pentru simplificarea procedurii împărțelilor judiciare. *De lege ferenda* se impune ca în tot cuprinsul Codului să se apeleze la o unică terminologie, fie împărțeală, fie partaj, care să fie comună cu cea a Codului Civil unde legiuitorul preferă noțiunea de partaj. De asemenea art. 94 sau 95 din CPC s-ar impune să adauge expres cereri succesoriale pentru evitarea problemelor legate de competența de atribuțiune între instanțele judecătorești.

<sup>4</sup> Text introdus prin art. I pct. 1 din Legea nr. 219/2005 privind aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă.

<sup>5</sup> S.civ. nr. 5024/24 IX 2013 a Judecătoriei Sibiu Secția Civilă (nepublicată), în care s-a reținut astfel că: Procesul civil pendinte este de competența unei alte instanțe de judecată în urma examinării din perspectiva competenței materiale a obiectului procesului. Astfel acesta se referă la stabilirea calității de moștenitori a părților după defunctul soț și tată O. T., decedat la data de 27XII 1992 în orașul Cisnădie, jud. Sibiu, cu următoarele cote : reclamanta în calitate de soție supraviețuitoare, în cotă de 5/40 din masa succesorală; pârâții în calitate de fii, în cotă de 3/40 fiecare din masa succesorală, să se constate că părțile sunt moștenitorii defunctului fiu și frate O. I., decedat la data de 11 IV 1997 în orașul Cisnădie, cu următoarele cote : reclamanta în calitate de ascendentă privilegiată în cotă de 3/160 din masa succesorală, pârâții în calitate de colaterali privilegiați în cotă de 9/640 fiecare din masa succesorală, constatarea că masa succesorală după defunctul O. T. se compune din cota de ½ din imobilul apartament situat administrativ în orașul Cisnădie, strada Piața Nouă, bl. X, scara C, et. 1, ap. 24, jud. Sibiu înscris în CF nr. 5585 Cisnădie nr. top. 6709/1/2 – ap. 24, compus din patru camere și dependințe, constatarea că masa succesorală după defunctul O. I. se compune din cota de 3/40 din masa succesorală rămasă după defunctul O. T., adică cota de 3/40 din ½ din imobil, dispoziția de întabulare a cotelor de proprietate astfel dobândite în cartea funciară a imobilului sus menționat, pe numele părților, cu titlu de moștenire, ieșirea din indiviziune asupra ambelor mase succesoriale din imobilul apartament identificat mai sus, prin atribuirea acestuia către reclamantă, cu plata de sultă

corespunzătoare către părți, în funcție de cotele lor de proprietate, întabularea ambelor mase succesoriale din imobilul apartament identificat mai sus, pe numele reclamantei, cu titlu de moștenire și ieșire din indiviziune, acordarea cheltuielilor de judecată. Se observă că obiectul acțiunii succesoriale se compune din petite privind vocația succesorală, exercițiul opțiunii succesoriale, stabilirea masei de partaj, constatarea calității de proprietar a reclamantului asupra imobilului identificat în CF nr. 5585 Cisnădie nr. top. 6709/1/2 – ap. 24, compus din patru camere și dependințe situat administrativ în orașul Cisnădie, strada Piața Nouă, bl. X, scara C, et. 1, ap. 24, jud. Sibiu și de înscriere a dreptului de proprietate în cartea funciară. **Judecătorii soluționează ca instanțe de prim grad**, deci de primă instanță **cererile de împărțeaală judiciară, indiferent de valoare potrivit art. 94 pct. (1) lit. i) din CPC**. Acestea vizează deci *formele proprietății comune* prevăzute de art. 632 din Codul Civil și anume: proprietatea comună pe cote – părți și proprietatea în devălmășie. **Împărțeaala judiciară este sinonimă în acest caz cu noțiunea de partaj judiciar** așa cum este reglementată prin art. 669 și urm. din Codul Civil, art. 979 și urm. din CPC. În această sferă *intră și sistarea stării de indiviziune* în materie succesorală reglementată prin art. 1143 și urm. din Codul Civil. Din punct de vedere procesual, *cererea de împărțeaală judiciară cuprinde elementele prevăzute de art. 194 din CPC, la care se adaugă cele prev. de art. 980 din CPC*, respectiv persoanele între care urmează a avea loc partajul, titlul pe baza căruia acesta este cerut, toate bunurile supuse partajului, valoarea lor, locul unde acestea se află, precum și persoana care le deține sau le administrează. *Soluțiile instanței în acest caz sunt cele prevăzute de art.983 din CPC* în sensul că va stabili bunurile supuse împărțelii, calitatea de coproprietar, cota-parte ce se cuvine fiecăruia și creanțele născute din starea de proprietate comună pe care coproprietarii le au unii față de alții, iar în cazul partajului succesoral, instanța va mai stabili datoriile transmise prin moștenire, datoriile și creanțele comostenitorilor față de defunct, precum și sarcinile moștenirii. *Alături de acestea se pot soluționa în același cadru al procedurii de împărțeaală judiciară cu titlu de cereri accesorii* - așa cum sunt ele definite prin art. 30 alin. (4) din CPC - cererea de reducere a liberalităților excesive, cererea de raport al donațiilor și altele asemenea (art.984 alin. secund CPC). Se reamintește părților definiția legală a cererilor accesorii ca fiind acelea a căror soluționare depinde soluția dată unui capăt de cerere principal.

Expresia „**altele asemenea**” nu semnifică bunăoară și cazul deschiderii succesiunii, constatării vocației succesoriale, constatării calității de succesor efect al acceptării moștenirii, deoarece din interpretarea dispozițiilor art. 980 din CPC reiese clar că deja ele au dobândit calitatea de coproprietari, coindivizari, dispun de vocație succesorală, au calitatea de succesori și nu succesibili.

Acest din urmă tip de cereri așadar au caracter principal și nu accesoriu, ele neintrând în sfera de obiect a încheierilor de admitere în principiu sau în hotărârile de partaj, neputând fi calificate ca simple **chestiuni prealabile** ce trebuie soluționate în procedura de partaj, deoarece pur și simplu legiuitorul procesual nu le-a prevăzut și nu fac obiectul unei cereri unice care are țel final partajul. Dimpotrivă ele intră în sfera **chestiunilor prejudiciale** prevăzute de art. 124 din CPC, deoarece vizează însăși fondul cauzei, fiind chestiuni litigioase ce fac obiectul examinării și soluționării prealabile de instanța competentă, în mod definitiv, chestiunea prejudicială fiind potrivit legii de competența exclusivă a altei instanțe, în speță tribunalul.

Pe de altă parte *O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru prin art. 5* se raportează la obiectul cererii de partaj judiciar așa cum este reglementat prin art. 980 și urm. din CPC, înțelegând să reglementeze doar timbrajul cererilor care stabilesc: bunurile supuse împărțelii; stabilirea calității de coproprietar și stabilirea cotei – părți ce se cuvine fiecărui coproprietar, creanțele pe care coproprietarii le au unii față de alții, născute din starea de proprietate comună; cererea de raport; cererea de reducere a liberalităților excesive și cererea de partaj propriu – zis. Se distinge așadar o deosebire majoră față de Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru unde la *art. 3 lit. c) la prima liniuță era indicată cererea pentru stabilirea calității de moștenitor*. Observăm cu alte cuvinte că acest tip de cerere cel puțin în materie procesual fiscală nu mai este prevăzută în noul act normativ. De unde se deduce că legiuitorul a apreciat că stabilirea calității de



moștenitor este supusă altui regim de timbrare, în interpretarea noastră fiind prevăzută de art. 27 din actul normativ citat privind alte acțiuni sau cereri neevaluabile în bani, care se taxează cu 20 lei. Calitatea de coproprietar nu poate fi asimilată calității de moștenitor.

În atare circumstanțe capătă efect pozitiv atât dispozițiile *art. 95 pct. 1 din CPC* potrivit cărora tribunalele judecă, în primă instanță, toate cererile care nu sunt date prin lege în competența altor instanțe cât și prevederile *art. 99 alin. (2) din CPC* potrivit cărora în cazul în care mai multe capete principale de cerere întemeiate pe un titlu comun ori având aceeași cauză sau chiar cauze diferite, dar aflate în strânsă legătură, au fost deduse judecării printr-o unică cerere de chemare în judecată, instanța competentă să le soluționeze se determină ținându-se seama de acea pretenție care atrage competența unei instanțe de grad mai înalt. *Ca atare prior tempore primul petit principal de soluționat este cel care vizează stabilirea calității de moștenitor înțeleasă drept cerere în materie succesorală care cade în competența de atribuțiune exclusivă a tribunalului, care după cum este știut dispune de plenitudine de competență în lumina noii legislații procesuale civile, ceea ce constituie o evoluție față de ultima formă a CPC 1865 care atribuia o competență de atribuțiune exclusivă judecătorilor în materie succesorală (art. 2 pct. 1 lit. b), acestea fiind prevăzute distinct de cererile de împărțeală judiciară.* Corolarul celor expuse va determina instanța ca în baza art. 132 din CPC să constate că este necompetentă în soluționarea cauzei conform art. 94 și 99 alin. secund din CPC, drept pentru care va declina competența de soluționare a acțiunii succesoriale privind opțiunea succesorală, împărțeala succesorală, întabulare în cf formulată de reclamanta O. L., domiciliată în orașul Cisnădie, strada Piața Nouă, bl. X, ap. 24, jud. Sibiu în contradictoriu cu pârâtele B. I., domiciliată în Cisnădie, Piața Nouă, bl. X, scara C, et. 1, ap. 24, jud. Sibiu, T. F., O. V., W. M. S., cu domiciliile procesuale alese la CIA C. N. în Sibiu, strada Reșița, nr. 8 B, jud. Sibiu în favoarea Tribunalului Sibiu Secția Civilă I.

<sup>6</sup> A se vedea Trib. Suprem, colegiul civil, decizia nr. 43 I/I 956, în C.D. 1956, p. 352; decizia nr. 1533/1957, în C.D. 1957, p. 164.

<sup>7</sup> A se vedea Mihaela Tăbărcă, *Drept Procesual Civil*, vol. I – *Teoria generală*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pag. 528.

<sup>8</sup> A se vedea Gabriel Boroî coord., *Noul Cod de Procedură Civilă Comentariu pe articole*, vol. II, art. 527 – 1133, Editura Hamangiu, 2013, pag. 549

<sup>9</sup> V.M. Ciobanu, idem, pag. 271, 272.

<sup>10</sup> Gabriel Boroî, idem, pag. 277.

<sup>11</sup> Idem, pag. 299.

<sup>12</sup> V.M. Ciobanu, idem, 272, 273.

<sup>13</sup> **Art. 194 - Cuprinsul cererii de chemare în judecată** Cererea de chemare în judecată va cuprinde: a) numele și prenumele, domiciliul sau reședința părților ori, pentru persoane juridice, denumirea și sediul lor. De asemenea, cererea va cuprinde și codul numeric personal sau, după caz, codul unic de înregistrare ori codul de identificare fiscală, numărul de înmatriculare în registrul comerțului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice și contul bancar ale reclamantului, precum și ale pârâtului, dacă părțile posedă ori li s-au atribuit aceste elemente de identificare potrivit legii, în măsura în care acestea sunt cunoscute de reclamant. Dispozițiile art. 148 alin. (1) teza a II-a sunt aplicabile. Dacă reclamantul locuiește în străinătate, va arăta și domiciliul ales în România unde urmează să i se facă toate comunicările privind procesul; b) numele, prenumele și calitatea celui care reprezintă partea în proces, iar în cazul reprezentării prin avocat, numele, prenumele acestuia și sediul profesional. Dispozițiile art. 148 alin. (1) teza a II-a sunt aplicabile în mod corespunzător. Dovada calității de reprezentant, în forma prevăzută la art. 151, se va alătura cererii; c) obiectul cererii și valoarea lui, după prețuirea reclamantului, atunci când acesta este evaluabil în bani, precum și modul de calcul prin care s-a ajuns la determinarea acestei valori, cu indicarea înscrisurilor corespunzătoare. Pentru imobile, se aplică în mod corespunzător dispozițiile art. 104. Pentru identificarea imobilelor se vor arăta localitatea și județul, strada și numărul, iar în lipsă, vecinătățile, etajul și apartamentul, precum și, când imobilul este înscris în cartea funciară, numărul de carte funciară și numărul

cadastral sau topografic, după caz. La cererea de chemare în judecată se va anexa extrasul de carte funciară, cu arătarea titularului înscris în cartea funciară, eliberat de biroul de cadastru și publicitate imobiliară în raza căruia este situat imobilul, iar în cazul în care imobilul nu este înscris în cartea funciară, se va anexa un certificat emis de același birou, care atestă acest fapt;d) arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea;e) arătarea dovezilor pe care se sprijină fiecare capăt de cerere. Când dovada se face prin înscrisuri, se vor aplica, în mod corespunzător, dispozițiile art. 150. Când reclamantul dorește să își dovedească cererea sau vreunul dintre capetele acesteia prin interogatoriul pârâtului, va cere înfățișarea în persoană a acestuia, dacă pârâtul este o persoană fizică. În cazurile în care legea prevede că pârâtul va răspunde în scris la interogatoriu, acesta va fi atașat cererii de chemare în judecată. Când se va cere dovada cu martori, se vor arăta numele, prenumele și adresa martorilor, dispozițiile art. 148 alin. (1) teza a II-a fiind aplicabile în mod corespunzător;f) semnătura.

<sup>14</sup> Corespondentul său anterior era art. 673 <sup>2</sup> din CPC 1865, potrivit căruia reclamantul este obligat să arate în cererea de partaj persoanele între care urmează a avea loc împărțea, titlul pe baza căruia se cere împărțea, titlul pe baza căruia se cere împărțea, toate bunurile supuse împărțelii, evaluarea lor, locul unde acestea se află, precum și persoana care le deține sau le administrează.

S-ar impune totuși într-o eventuală modificare a legii procesuale ca pentru distincție față de celelalte forme de coproprietate să se folosească în mod obișnuit conceptul de indiviziune succesorală, așa cum era el folosit *exempli gratia* în Legea nr. 603/10 IX 1943 pentru simplificarea procedurii împărțelilor judiciare, la art. 2, unde se prevede : Când indiviziunea rezultă din succesiune, cererea va cuprinde numele defunctului, averea rămasă de la acesta, inclusiv bunurile supuse raportului sau reducăunii, numele și calitatea celor îndreptățiți la succesiune și cota – parte convenită fiecăruia, precum și datoritiile și creanțele comostenitorilor față de defunct. Când indiviziunea rezultă din alte cauze, se va arăta averea de împărțit, titlul pe baza căruia se cere împărțea și părțile interesate.

<sup>15</sup> A se vedea M. Tăbărcă, idem, vol. II, pag. 722 : Nulitatea cererii intervine întrucât o cerere de partaj informă nu poate fi comunicată pârâtului și, cu atât mai puțin, nu poate să primească termen de judecată pentru ca, eventual lipsurile să fie completate pe parcursul procesului, art. 201 din CPC neîngăduind să se procedeze altfel.

<sup>16</sup> A se vedea Alexandru Bacaci, Gheorghe Comăniță, *Drept Civil. Succesiunile*, Editura Universul Juridic, București, 2013, pag. 287

<sup>17</sup> În cazul în care partajul nu se poate realiza în niciuna dintre modalitățile prevăzute de lege, instanța va hotărî închiderea dosarului.

<sup>18</sup> A se vedea Florin Vădeanu, *Transmisiunea moștenirii*, Editura Wolters Kluwer, București, 2010, pag. 149.

<sup>19</sup> A se vedea Ion Deleanu, *Tratat de procedură civilă*, volumul I, Noul Cod de Procedură Civilă, Ediție revăzută, completată și actualizată, Editura Universul Juridic, București, 2013, pag.625

<sup>20</sup> La sesizarea instanței cu dezbaterea procedurii succesoriale, reclamantul va depune o încheiere emisă de notarul public cu privire la verificarea evidențelor succesoriale prevăzute de Codul civil. În acest caz, neîndeplinirea procedurii prealabile va fi invocată de către instanță, din oficiu, sau de către pârât. În acest sens conform Ordinului ministrului justiției nr. 2.333/C din 24 iulie 2013 privind aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, art. 110 : (1) În Registrul de evidență a procedurilor succesoriale se înscru următoarele mențiuni:a) numărul și data înregistrării cererii de verificare și înregistrare a cauzei succesoriale;b) numele și prenumele defunctului;c) data decesului (zi/lună/an);d) ultimul domiciliu al defunctului, prin menționarea localității și a adresei, indicate în certificatul de deces;e) codul numeric personal al defunctului, iar în situația în care nu este menționat, data nașterii acestuia;f) numărul de înregistrare și data cererii formulate de biroul notarial;de înregistrare și data cererii formulate de biroul notarial;g) denumirea biroului notarial, în cazul societăților profesionale, sau, în cazul biroului individual, numele notarului public căruia i-a fost atribuită cauza succesorală spre soluționare;h) numărul și

data certificatului sau adeverinței eliberate de registru;i) numărul și data dosarului succesoral, precum și numărul și data soluției date de notarul public;j) observații.**(2) Cererea de verificare și înregistrare a procedurii succesorală va fi semnată și, după caz, ștampilată de către solicitant și va cuprinde, în mod obligatoriu, elementele prevăzute la art. 110 alin. (1) lit. b) - g).**(3) În situația în care registrul se ține în format electronic, nu mai este necesară ținerea opusului alfabetic.

De asemenea Regulamentul mai prevede că : Art. 330 - Pentru eliberarea încheierii privind verificarea evidențelor succesorală, prevăzută de Codul de procedură civilă, notarul public aplică în mod corespunzător dispozițiile legale referitoare la verificarea evidențelor notariale și înregistrarea cauzei succesorală. Art. 331 - (1) Notarul public verifică prezentarea certificatului de deces, dovedirea calității de succesibil sau persoană îndreptățită, precum și o copie a cererii de chemare în judecată, purtând mențiunea că a fost sau nu depusă.(2) Cererea se înregistrează în evidențele succesorală ale Camerei și notarul public înregistrează dosarul pe rolul biroului. Eliberarea încheierii revine notarului public competent în condițiile legii să soluționeze procedura succesorală.(3) Notarul public eliberează, în termen de 3 zile lucrătoare de la data înregistrării cererii, o încheiere cu privire la rezultatul verificărilor efectuate în Registrul de evidență a procedurilor succesorală ținut de Cameră, precum și în registrele naționale notariale prevăzute de art. 163 alin. (1) lit. a) - c) din lege.(4) În încheierea menționată la alin. (3) se vor înscrie rezultatele verificării mențiunilor cuprinse în certificatele sau adeverințele eliberate din registrele succesorală.(5) Notarul public procedează mai întâi la interogarea Registrului de evidență a procedurilor succesorală ținut de Camera în a cărei circumscripție teritorială defunctul a avut ultimul domiciliu. În cazul în care, în urma verificării, se constată că succesiunea este soluționată, se va face mențiune despre acest fapt în încheiere, fără a se mai proceda la verificarea registrelor unice ale Uniunii prevăzute de art. 163 alin. (1) lit. a) - c) din lege.(6) Dacă în urma verificării registrului ținut de Cameră se constată că succesiunea defunctului nu se află pe rolul niciunui birou notarial, interogarea Registrului național notarial de evidență a succesiunilor se va face numai în situația în care defunctul a avut ultimul domiciliu în străinătate sau nu i se cunoaște domiciliul, dar de pe urma căruia au rămas bunuri pe teritoriul României.(7) Dacă în urma verificării prevăzute la alin. (3) se constată că succesiunea se află pe rolul unui birou notarial, cel interesat va fi îndrumat să obțină încheierea de la notarul public care instrumentează dosarul.(8) Cererea prin care se solicită efectuarea verificărilor, împreună cu încheierea eliberată de notarul public în urma efectuării verificărilor, se înregistrează în Registrul general notarial sau, după caz, în registrul de succesiuni. Modelul încheierii notariale este cel prevăzut de Anexa nr. 31 din Ordin redat în continuare :

ROMÂNIA

Uniunea Națională a Notarilor Publici

Birou notarial.....

Licența de funcționare nr.....

Sediul.....

ÎNCHIEIEREA Nr.....

data.....

privind verificările efectuate în evidențele succesorală ale Camerei notarilor publici și ale Uniunii Naționale a Notarilor Publici....., notarul public, în urma cererii depuse de....., domiciliat(ă) în....., în calitate de....., pentru verificarea evidențelor succesorală privindu-l pe defunctul....., decedat la data de....., cu ultimul domiciliu în....., am procedat la efectuarea verificărilor în următoarele evidențe (se vor marca registrele în care s-au făcut verificări):

- Registrul de evidență a procedurilor succesorală al Camerei Notarilor Publici.....;
- Registrul național notarial de evidență a succesiunilor;

- Registrul național notarial de evidență a opțiunilor succesoriale;
- Registrul național notarial de evidență a liberalităților.

În baza răspunsurilor primite prin certificatele/adeverințele nr....., eliberate de Centrul Național de Administrare a Registrelor Naționale Notariale, anexate, constat că, la data eliberării fiecărui act de interogare a registrelor sus-menționate, în cauza succesorală a defunctului..... erau efectuate următoarele înregistrări (se vor preciza rezultatele verificărilor): .....

În cazul în care cauza succesorală urmează să fie soluționată de către instanță, solicitantul va sesiza de îndată Camera Notarilor Publici..... în a cărei circumscripție teritorială defunctul a avut ultimul domiciliu.

În temeiul art. 15 lit. f) din Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, republicată, cu modificările ulterioare, și al art. 330 și 331 din Regulamentul de aplicare a Legii notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, aprobat prin Ordinul ministrului justiției nr. 2.333/C/2013, am procedat la întocmirea și eliberarea prezentei încheieri.

S-a perceput onorariul de..... lei cu chitanță/bon fiscal/ordin de plată nr.....

Notar public,..... L.S.

Potrivit art. 44 din Ordinul ministrului justiției nr.710/C/1995(abrogat):(1) În opisul succesoral se trec numele și prenumele autorului succesiunii și numărul de înregistrare a dosarului.(2) La nivelul fiecărei camere a notarilor publici se ține un registru de evidență a procedurilor succesoriale, în care se înregistrează procedurile succesoriale din circumscripția teritorială a acesteia.

<sup>21</sup> A se vedea astfel I. Deleanu, idem, pag. 624 nota de subsol 3

<sup>22</sup> A se vedea G. Boroi, vol. I, pag. 454

<sup>23</sup> A se vedea M. Tăbărcă, idem, vol. II, pag. 22

<sup>24</sup> Într –o altă opinie (M. Tăbărcă, idem, vol. II, pag. 24) se consideră că se invocă excepția lipsei procedurii prealabile, interpretată ca excepție de procedură, pentru că efectuarea verificărilor de către notarul public nu este o veritabilă condiție pentru exercițiul acțiunii.

<sup>25</sup> Art. 124 - Apărări și incidente procedurale : (1) Instanța competentă să judece cererea principală se va pronunța și asupra apărărilor și excepțiilor, în afara celor care constituie chestiuni prejudiciale și care, potrivit legii, sunt de competența exclusivă a altei instanțe.(2) Incidentele procedurale sunt soluționate de instanța în fața căreia se invocă, în afară de cazurile în care legea prevede în mod expres altfel.

<sup>26</sup> A se vedea V. M. Ciobanu, Tratat teoretic și practic de procedură civilă, volumul I, Teoria generală, Editura Național, București, 1996, pag. 432.

<sup>27</sup> Instanța poate suspenda judecata când dezlegarea cauzei depinde, în tot sau în parte, de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți.

<sup>28</sup> Obligațiile părților în desfășurarea procesului : (1) Părțile au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător, să își probeze pretențiile și apărărilor, să contribuie la desfășurarea fără întârziere a procesului, urmărind, tot astfel, finalizarea acestuia.(2) Dacă o parte deține un mijloc de probă, judecătorul poate, la cererea celeilalte părți sau din oficiu, să dispună înfățișarea acestuia, sub sancțiunea plății unei amenzi judiciare.

<sup>29</sup> A se vedea G. Boroi, idem, vol. I, pag. 773.

<sup>30</sup> S.civ. nr. 5024/24 IX 2013 a Judecătoriei Sibiu Secția Civilă (nepublicată).

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **THE MUNIFICENT DONOR AND HIS REVENGE ON THE UNGRATEFUL DONEE: THEN AND NOW**

**Rena VAN DEN BERGH\***

**Abstract:** This article focuses on the munificent donor and the ungrateful donee. Various relevant topics will be discussed, such as the nature of a donation, the requirement of registration and the circumstances that could lead to the revocation of a gift. The position in Roman, Roman-Dutch and South African law will be researched, with a view to determining whether and to what extent the latter two legal systems were built on Roman law.

**Keywords:** *Donatio*; donor; donee; *donatio inter vivos*; *revocatio*; *lex Cincia de donis et muneribus*; *insinuatio*; *animus donandi*; ingratitude; *liberalitas*; *munificentia*; generosity.

#### **1. Introduction**

According to Julian “when someone makes a gift with the intention that it should immediately become the property of the recipient and will not revert to himself in any circumstances, and he does this for no other reason than to practice liberality and generosity” this may be regarded as “a gift in the proper sense”.<sup>1</sup> A donation in Roman law may therefore be defined as “[a]n act of liberality by which the donor (*donator*) hands over or promises a gift to the donee with the intention to make a gift (*animus donandi*) and without expecting any reciprocal performance”.<sup>2</sup> By means of this act of liberality, the donee was enriched at the expense of the donor.<sup>3</sup> According to the *Oxford Universal Dictionary* a “munificent” person is one who is “splendidly generous in giving” or “characterized by splendid or princely generosity”.<sup>4</sup> Such a person would usually be regarded as superior and exceptional. The distinguishing feature of a gift is the underlying motive, namely the *animus donandi* or the motive of liberality.

Various rules governed gifts between the living (*donationes inter vivos*).<sup>5</sup> Firstly, public policy limited the amount or size of donations in order to curb extravagance. In early Roman law the right to make gifts was restricted by the *lex Cincia de donis et muneribus*, a *plebiscitum* dating from 204 B.C. and the size of gifts was limited to a specified maximum.<sup>6</sup>

Justinian abrogated this law and allowed unrestricted donations except in special cases, for example gifts between husband and wife (*donatio inter virum et uxorem*).<sup>7</sup> During the later Empire<sup>8</sup> a system of registration of all gifts, *insinuatio*, was introduced by

Constantine.<sup>9</sup> According to Justinian, unregistered gifts whose value exceeded 500 (initially 300 hundred) *solidi* were void in respect of the excess.<sup>10</sup>

Secondly, gifts could only be made to certain people.<sup>11</sup> Thirdly, because there were so many kinds of gifts there were no formal requirements during the classical period. Delivery of a gift was, however, required for the transfer of ownership to the donee.<sup>12</sup> Fourthly, although initially gifts *inter vivos* were irrevocable, a right to revocation developed over time.

In this article I shall briefly discuss the nature of a donation and the registration of gifts and then focus on the revocation of gifts in Roman law. In addition I shall pay attention to these aspects of gifts in Roman-Dutch and South African law in order to determine to what extent Roman law underpinned modern law in this regard.

## 2. Roman law

### 2.1. What is a *donatio*?

A donation was regarded as a special kind of consensual contract since the donee did not have to do anything in return for the gift.<sup>13</sup> “*Donatio*” therefore comprised all transactions by means of which one person gave something to another out of pure liberality. Although the intention was not that the donee should do something in return for the gift, he was forbidden to do anything negative. Where a donation resulted in the transfer of a physical thing it was not a mode of acquisition, but a *iusta causa* in a contract.<sup>14</sup> During the post-classical period a donation was still only a *causa*.<sup>15</sup>

Classical lawyers regarded donation as a disposition for the benefit of another person, who would not have to do or pay anything in return for it.<sup>16</sup> Provided the donor acted with an *animus donandi*, a variety of legal acts constituted a donation.<sup>17</sup> During the classical period gifts were therefore not perceived as a special kind of transaction; they were regarded as merely providing a *causa* for various types of acts by means of which a person disposed of money, property or possessions in favour of another without receiving anything in return.<sup>18</sup>

Emperor Constantine approved of liberality and made large donations. His charitable attitude was inspired by the Christian principles which were gradually gaining ground at that time and which promoted acts of generosity and charity.<sup>19</sup> In his time donations gave rise to many problems that he wished to clarify. He acknowledged them as valid legal transactions. He considered a donation to be a bilateral act that was performed instantly and resulted in the immediate transfer of ownership from the donor to the donee.<sup>20</sup> It was no longer the *causa* of the transfer; it was now one of its modes. This was in line with the general development of post-classical law away from the classical distinction between an obligatory act and the transfer of ownership.

During the post-classical period a donation was consequently an agreement in terms of which one person would donate something of value to another (who accepted it) without being paid for it. The donor had to have the intention, based on his *liberalitas*, to make a donation (*animus donandi*), which could only be revoked under certain exceptional circumstances.<sup>21</sup>

Since Constantine's well-meant reforms had created new problems, Justinian decided to simplify and restate the law relating to donations. Like Constantine, Justinian favoured acts of liberality and promoted generosity and he, too, was influenced by the teachings of Christianity.<sup>22</sup>

To a certain extent he revived the classical concept, thus distinguishing between the obligatory contract and those acts required to fulfil the obligations flowing from the contract.<sup>23</sup> Once again the promise of a gift (which could be an informal agreement between the parties<sup>24</sup>) became binding and enforceable.<sup>25</sup> Thus Justinian created a new contract, namely donation.<sup>26</sup>

By the time of the Justinian period the promise or agreement to give a gift was therefore considered to be a legal agreement (*pactum legitimum*) constituting a binding consensual contract.<sup>27</sup> In donations as well as other contracts in which only one party did or gave something, the agreement was constituted by the acceptance.<sup>28</sup>

In *Codex* 5.16.27.1 Justinian provided general guidelines for the application and reform of the law of donations. The donor's intention to donate was acknowledged as the distinctive element establishing a donation. Julian's definition of a donation in the *Digest* text<sup>29</sup> emphasises the donor's noble spirit. He was required to have been moved to perform an unselfish act of liberality. It is interesting that Zimmermann mentions Paul's "cheerful giver"<sup>30</sup> in this regard. There is some reasonable and just motive for the donor's act, such as the mere pleasure of doing good.

In Justinian's law donations were governed by a number of rules, of which I shall now discuss a few.

## **2.2. Registration of gifts exceeding 500 solidi**

Justinian determined that gifts exceeding, initially, 300 *solidi*,<sup>31</sup> and thereafter 500 *solidi*, had to be registered in court by the donor (*insinuatio*).<sup>32</sup> This would, *inter alia*, formally manifest the donor's intention of munificence. Apart from the fact that large gifts were generally frowned upon,<sup>33</sup> official registration was an indication that large gifts were exceptional and brought them into the public domain. The recipients of such generous gifts were expected to appreciate them. The emperor could keep the donees under close scrutiny to prevent munificent donors from being humiliated or maltreated. It would therefore be known that the gifts had indeed been given if the donor wished to revoke the gift because of ingratitude.

## **2.3. Revocation of gifts**

Gifts were generally not revocable.<sup>34</sup> In the *Institutes*, Justinian explicitly states that *donationes inter vivos*, once given, cannot easily be reclaimed.<sup>35</sup> Once a donor had made his will clear the gift were complete.<sup>36</sup> However, in respect of ordinary gifts a right of revocation on the ground of ingratitude was gradually introduced, and much of this legislation has survived. This was consistent with introducing good ethics into the law of donations, closely examining the donor's motives and determining whether the donee's conduct measured up to certain minimum standards.

During the third century Emperor Philip declared that a gift made by a patron to a freedman (*libertus*) was revocable if he became ungrateful and insolent.<sup>37</sup> Subsequently, in

A.D. 349, Constantine and Constans granted to certain mothers the right to revoke gifts made to children if they proved ungrateful.<sup>38</sup> The right to revocation was gradually extended to other donor/donee relationships.<sup>39</sup> In the year A.D. 426 Theodosius and Valentinianus determined that neither a father, grandfather nor great-grandfather could revoke donations to a son or daughter, grandson, granddaughter or great-grandson or great-granddaughter who had been emancipated, unless clear evidence proved that the person to whom the donation had been made was guilty of a lack of filial affection and gratitude to an extent recognised as sufficient in law.<sup>40</sup>

Subsequently Justinian in a constitution determined that for certain reasons, donors could revoke their gifts. This was to ensure that a donor would not injure or harass an ungrateful recipient of a gift.<sup>41</sup> Justinian then extended revocation on the grounds of ingratitude to cover all donees, expressly limiting the grounds for revocation<sup>42</sup> to the following types of ingratitude towards the donor: extreme insults or violent behaviour towards him; treachery causing him to suffer heavy pecuniary loss, thus decreasing his estate; or exposing him to a life-threatening situation.<sup>43</sup>

The emperors were obviously concerned about the feelings of munificent donors who were maltreated by ungrateful donees. They did not wish the donor's liberality to be scorned by an ungrateful beneficiary.<sup>44</sup> The reason for the introduction of the right of revocation was therefore the wish to "punish" the ungrateful donee.

The donor was allowed to revoke a gift, but his successors were *not*. In *Codex* 8.55(56).1.3 Emperor Philip stated that the right of revocation was reserved to those who had made the gift and did not extend to their children or heirs.<sup>45</sup> Subsequently the Emperors Constantius and Constans declared that a mother's right to revoke a gift was a personal one that could not lie "against an heir or be transferable to an heir".<sup>46</sup> Actions for revocation could consequently not be instituted against the successors of either the donor or the donee. Justinian confirmed this when, in A.D. 530, he decreed that the provisions on revocation applied only to the original parties ("*primas personas*").<sup>47</sup> The emperors seemed to agree that if the donor himself did not revoke the gift during his lifetime because of ingratitude shown to him,<sup>48</sup> no one else should act against the ungrateful donee. No action relating to the gift could be instituted against the successors of either the donors or the donees.

If revocation was sought, a judicial enquiry into the allegation of ingratitude was required. Only if there was ingratitude of the type mentioned above that was proved in court by indisputable evidence, might donations be revoked.<sup>49</sup> The effect may have been to revoke the gift *in rem* or to give a remedy *in personam*. In Justinian's law, where appropriate, a *vindicatio utilis* was allowed,<sup>50</sup> which indicates that ownership was considered to revert automatically to the donor. The effect of the decree seems to have been the *ipso facto* forfeiture of the gift.<sup>51</sup>

### 3. Roman-Dutch law

#### 3.1. What is a donation?

In Roman-Dutch law a donation or gift was considered to be a consensual contract.<sup>52</sup> A distinction was drawn between the contract, which binds the parties, and the transfer, which passed the property.<sup>53</sup>



De Groot (1583-1645) defines a donation or gift as a promise in terms of which a person out of *liberality* binds himself to give something to another without receiving anything in return.<sup>54</sup> According to Simon van Leeuwen (1626-1682) a donation may be described as a voluntary delivery to another, through *liberality*, of something for no cause (except liberality).<sup>55</sup> Voet (1647-1713) says that “the generous and permissible giving or promising of something” may be regarded as a donation<sup>56</sup> and Van der Linden (1756-1827) regards a gift or donation as an agreement in terms of which a person through liberality irrevocably gives something to another who accepts it.<sup>57</sup> The abovementioned definitions of donation by some of the most important Roman-Dutch authors lead to the conclusion that the characteristic feature of a donation or gift in Roman-Dutch law was that it was given out of liberality. De Groot expands on this, stating that the words “out of liberality” are specifically important for they indicate that it might otherwise be presumed that the promise had been made out of ignorance and would not give rise to a legal obligation.<sup>58</sup>

### 3. 2. Registration of gifts

There is some uncertainty about the Roman-law rule that gifts in excess of 500 *aurei* had to be registered in Roman-Dutch law. According to De Groot, “as a restraint upon excessive liberality”, Roman law provided that no donation exceeding 500 *aurei* would be valid unless it was reported and registered.<sup>59</sup> He further says that he found no reference to such acts in Roman-Dutch law, “perhaps because excessive liberality has not been known here”. Van Leeuwen doubted whether the Roman-law rule, declaring gifts in excess of 500 *aurei* invalid in order to prevent “excessive and inconsiderate liberality” unless confirmed by a legal document before the local magistrate, was still valid among the Dutch.<sup>60</sup> However, he argued that since it had never been formally abolished it should be accepted that it was still valid.<sup>61</sup> Voet states that this rule was indeed admitted into Roman-Dutch law and had not been changed by any statute or usage.<sup>62</sup> Later Van der Keessel (1738-1816) confirmed that the Roman-law rule that gifts in excess of 500 *aurii* must be registered had been adopted by the Dutch.<sup>63</sup> This registration could, however, be replaced by a solemn cession of immovable property made in court or in the case of movables a declaration before a notary and witnesses. Van der Linden, with reference to De Groot 3.2.15, stated that the Roman-law rule that gifts might not exceed 500 *aurei* was no longer in force “in that form” in Holland.<sup>64</sup> However, immovable property given as a gift had to be transferred before the court.

Despite these contrasting opinions it may be accepted that the rule was indeed adopted in Holland, but not widely applied. The reason may merely have been that the Dutch were not known for their liberality and that very few gifts in excess of five hundred *aurei* were given. There do not seem to have been many liberal donors. However, once the donation had been registered or a cession or declaration had been made, the gift had been formalised. There were thus witnesses to an act that seems to have been rather exceptional: gifts of such liberality were not the norm and their formalisation could afterwards protect the donor if he was treated with gross ingratitude and wished to revoke the gift.

### 3. 3. The revocation of gifts

As in Rome, donations were in principle irrevocable. However, there were exceptions to this rule. De Groot started off by stating that as a rule gifts were irrevocable, but in the very next paragraph he said that they might be revoked in certain circumstances.<sup>65</sup> He then mentioned various grounds for revoking a donation, but did not making any specific mention of ingratitude on the part of the donee. Examples of such grounds were that the donee had threatened the donor's life or struck him, or attempted to ruin him financially.<sup>66</sup> In addition, malicious slander and any other great injury could also lead to revocation. With reference to the revocability of donations, Leeuwen stated that gifts might be revoked and cancelled because of "great ingratitude and injury" done to the donor.<sup>67</sup> He mentioned a few examples of such deeds, for instance the donee had made an attempt on the life of the donor or attacked him violently or harmed his reputation, had denied assistance to a donor who was living in reduced circumstances, and the like.<sup>68</sup> Voet explicitly mentions five grounds for revoking a gift to an ungrateful donee, even though the donor had sworn not to revoke.<sup>69</sup> Such an oath was void since it could tempt a donee to do wrong and would imply that the donor had formally undertaken to forgive the donee for any future offence.<sup>70</sup> The grounds for revocation mentioned by Voet are "when the donee has laid wicked hands upon the donor, or has contrived a *gross* and actionable wrong, or some huge volume of sacrifice or a plot against his life, or has not obeyed conditions attached to the donation".<sup>71</sup> According to Van der Linden, although valid donations were by nature irrevocable,<sup>72</sup> they could be revoked under certain circumstances such as the donee's *gross* ingratitude and ill-treatment of the donor.<sup>73</sup>

In Roman-Dutch law the right of revocation was available to all donors, but not to their children or grandchildren. It is interesting to note that neither Maasdorp's translation of De Groot's *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid (An Introduction to Roman-Dutch Law)*<sup>74</sup> nor the Fockema-Andreae-edition<sup>75</sup> mentions this. In the Dovring-translation of De Groot, an additional sentence in 3.2.17 states that the donor's successors were not entitled to revoke donations because of the donees' ingratitude.<sup>76</sup> Voet likewise states that an action to revoke a gift on the grounds of ingratitude does not pass to and against heirs.<sup>77</sup> The revocation of gifts because of ingratitude was probably thought to avenge the wrong the donee had committed against the donor and was therefore not granted to or against an heir.<sup>78</sup> The action was limited to the wronged donor and if he had suffered in silence at the hands of the donee, his successors could not institute an action against the ungrateful donee or his successors.<sup>79</sup>

Voet explains that this is what the Emperors (Philip and Justinian) intended when they said that the revocation of a gift on the ground of ingratitude would be personal in the sense that it had the effect of punishment or vengeance and could consequently not be granted to or against an heir.<sup>80</sup> He asserts that since the revocation of a donation on the grounds of the donee's ingratitude involves avenging the wrong inflicted on the donor by the ungrateful donee, it is certain that the relevant action could not be granted to the children of either the donor or the donee.<sup>81</sup>

## 4. South African law

### 4.1. What is a donation?

A donation, in South African law, is a contract, which must therefore comply with all the requirements of the law regarding contracts.<sup>82</sup> Thus the general rule that acceptance is necessary applies to the contract of donation in South Africa.<sup>83</sup> Maasdorp, with reference to various Roman-Dutch authors, simply defines a donation in South African law as follows: "A donation is an agreement whereby a person, who is under no legal obligation to do so, gives, or promises to give, something to another, without receiving or stipulating for anything in return."<sup>84</sup> In *Malaba v. Malaba* Judge Ndou stated that "a donation, *schenking*, is a contract whereby one person, who is not under obligation to do so, but out of sheer liberality, promises to give another person something without receiving anything in return. ... The motive should be a disinterested benevolence and for moral purposes".<sup>85</sup> As in Roman and Roman-Dutch law, the distinguishing feature of a donation is the motive of liberality, the *animus donandi*. It is interesting to note that these modern-day South African definitions make use of essentially the same words and formulations as are found in the Roman and Roman-Dutch law definitions of a donation.

### 4.2. Registration of gifts

South African courts decided early on to follow Roman and Roman-Dutch law practices regarding donations and determined that gifts exceeding 500 *aurei* had to be registered in the Registry of Deeds in order to be valid.<sup>86</sup> The courts then attempted to determine what the present-day value of an *aureus* was and in *Thorpe's Trustees v. Thorpe's Tutor De Villiers* C.J. stated that an *aureus* was worth one sovereign sterling.<sup>87</sup> A donation would be revocable in respect of the amount exceeding £500 unless it was registered in the Deeds Office or embodied in a notarial deed.<sup>88</sup> The General Law Amendment Act of 1956,<sup>89</sup> which was later replaced by section 43 of the General Law Amendment Act of 1968, introduced some changes. Donations made after this legislation came into force are not invalid merely because they are not registered or notarially executed. Such executory contracts must, however, be embodied in a written document signed by the donor or by a person acting on his written authority granted by him in the presence of two witnesses in order to be valid.<sup>90</sup> In *Avis v. Verseput* J.A. Tindall stated that complying with the formal requirement of registration (*insinuatio*) was in the interests of the donor and his heirs. It gave the donor time to reconsider his donation and become more cautious so that the interests of his heirs were safeguarded.<sup>91</sup> The munificent donor's impulsive liberality was therefore inhibited and he was granted some kind of protection.

### 4.3. Revocation of gifts

In South African law, as in Roman and Roman-Dutch law, it is generally accepted that donations *inter vivos* may be revoked because of the "gross" ingratitude of the donee.<sup>92</sup> The onus is on the donor claiming revocation to prove that the motive for the

transfer of the property to the donee was sheer *liberality* or generosity, in other words, a donation.<sup>93</sup> The donor's only aim is to benefit the donee. He is entitled to revoke the donation on the ground of ingratitude, even though he may previously have expressly agreed otherwise. Voet's list of acts constituting gross ingratitude has been quoted and accepted in South African case law and other legal literature.<sup>94</sup> The ingratitude must be of a sufficiently serious nature and it has been stated that it must be accompanied by *dolus*.<sup>95</sup>

From the South African common law and case law it appears that ingratitude would be an acceptable reason for revocation of a gift.<sup>96</sup> In *Malaba v Malaba*, for example, it was stated that a donation could be revoked in exceptional circumstances, namely gross ingratitude on the part of the donee or ill-treatment by him/her of the donor.<sup>97</sup> Since it was found that there was no donation in this case, the donee's ingratitude was not relevant.

Although "*dolus*" was not a requirement for ingratitude in Roman and Roman-Dutch law, and it had not been expressly stated in South African law, it now seems that the ungrateful donee may be required to have acted with *dolus*. As early as 1943, A.J.A. Fischer said "the plaintiff wilfully and maliciously caused the defendant great inconvenience and loss".<sup>98</sup> A person acting "wilfully and maliciously" may certainly be said to act with *dolus*. Many years later, in 2005, Owens stated that in that the ingratitude on the part of the donee had not only to be sufficiently serious, it also had to be accompanied by *dolus*.<sup>99</sup> Then, in 2006, the judgment in *Fenton v. Fenton* showed Mrs. Fenton to have undoubtedly acted wilfully and caused the donor great unhappiness.<sup>100</sup> From the evidence in that case it appears that the plaintiff's son and daughter-in-law maltreated, insulted and shouted at Mr. Fenton's elderly father (the donor), who was eventually told to leave the house. A.J. Mabusu found that "their act of ordering the plaintiff out of their house in that manner" could be regarded as an act of ingratitude. The plaintiff was consequently entitled to revoke his donation.

The right to revoke a gift because of the donee's ingratitude does not devolve on the heirs or successors of the donor.<sup>101</sup>

## 5. Conclusion

Throughout the ages it has generally been accepted that donors were exceptional persons. Donees who acted with (gross) ingratitude after they had been given something out of liberality were consequently considered to have conducted themselves shockingly badly. Through the revocation of the gift, their reprehensible behaviour could consequently be punished severely by the donor. This is indicative of the gravity with which the ungrateful donee's maltreatment of the donor was regarded. Besides, donors would usually have been family members and older people, obviously an aggravating factor in the eyes of the donor and society.

From the discussion *supra* it is clear that definitions of donations in Roman, Roman-Dutch and South African are almost identical: "*Donatio*" basically comprised all transactions in which a person with the *animus donandi* gave something to another out of pure liberality.

As far as registration of the donation is concerned, Roman law, from as early as the time of the *lex Cincia*, required gifts exceeding specific amounts to be registered. By

the time of Justinian it was 500 *solidi*, a huge amount. The general opinion amongst the Roman-Dutch writers was that Roman-Dutch law had adopted the Roman-law rule that no donation exceeding 500 *aurei* would be valid unless it was reported and registered. The purpose of registration in these two legal systems seems to have been more or less the same, namely to formalise the donation and make it public. Bringing it into the public domain served as protection for the donor if he was maltreated by the donee. South African courts followed these practices regarding registration. Changes were introduced as time went by, but the principles remained the same and the same reasons applied, namely that registration gave the donor time to reconsider his donation. Besides granting protection to the donor, it also safeguarded the interests of the donor's heirs.

Although in Roman law valid donations were by their nature irrevocable, it gradually became possible for the donor to revoke gifts if the donee was found guilty of ingratitude towards the donor. Roman-Dutch authors were likewise of the opinion that a gift could be revoked on the grounds of the donee's gross (or great) ingratitude. To judge by the South African common law and case law, acts of gross ingratitude can also lead to the revocation of gifts in South African law. All three legal systems provided for the revocation of gifts because of the donee's ingratitude. The acts of ingratitude mentioned in Roman, Roman-Dutch and South African law are basically the same.

Although it had not previously been stated in Roman or Roman-Dutch law that the ungrateful donee had to have acted with *dolus* we find A.J.A. Fischer stating, in *Avis v. Verseput*, that the donee must "wilfully and maliciously have caused the defendant (donor) great inconvenience and loss"<sup>102</sup>. In addition Owens explicitly states that the donee had to have performed the act of gross ingratitude with *dolus*.<sup>103</sup> If one considers the acts that were regarded as constituting ingratitude or gross ingratitude in Roman, Roman-Dutch and South African law, it is clear that they could not have been committed in the absence of *dolus*. Surely a person could not try to murder or seriously insult the donor or intentionally deprive the donor of property without *dolus*? None of these acts could have been performed in the absence of wilfulness on the part of the donee. One may therefore accept that *dolus* was implied in the very nature of such acts and that the donee undoubtedly acted with *dolus* when performing them.

In addition, the fact that the successors of neither donor nor donee could succeed to their predecessors is yet another indication that the donee's conduct prompting revocation by the donor was regarded as repulsive and offensive (which again implied *dolus*), and that revocation was seen as punishment and revenge. It would not be regarded as fair and just to act against the innocent successors of either original party.

The repugnance with which the Romans, the Roman-Dutch and the South Africans have viewed donees who maltreat their donors, indicates that this is a universal and timeless attitude. Society, over a period of more than two thousand years, has continued to strongly disapprove of blameworthy acts of ingratitude against a donor. If someone receives something for nothing, he is expected to demonstrate his gratitude by his actions.

The discussion above of gifts in Roman, Roman-Dutch and South African law shows clearly that Roman law constituted the foundation or basis of the Roman-Dutch and

South African law regarding donations. Although small changes have been introduced over time, definitions, registration and revocation remain fundamentally unchanged. It is clear that in respect of donations Roman-Dutch and South African law have built solidly on the foundations of Roman law.

\* Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa; vdberh@unisa.ac.za. I would like to express my gratitude for the financial assistance of the College of Law Research and Innovation Fund.

<sup>1</sup> See *D. 39.5.1pr. Julianus libro septimo decimo digestorum*: “dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientes fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent.” All English translations of Justinian’s *Digest* in this article are taken from T. Mommsen, P. Krueger & A. Watson *The Digest of Justinian* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, Pennsylvania. See, however, also *D. 15.3.10.7 Ulpianus libro vicesimo nono ad edictum*.

<sup>2</sup> A. Berger *Transactions of the American Philosophical Society. Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. The American Philosophical Society, Philadelphia (1991) p. 442. Further P. Jörs, W. Kunkel & L. Wenger *Römisches Recht* (4<sup>th</sup> ed. H. Honsell, T. Mayer-Maly & W. Selb) Springer-Verlag, Berlin (1987) p. 354: “Die Schenkung im eigentlichen Sinn erfolgt aus Freigiebigkeit (*liberalitas, munificentia*)”; M. Kaser *Das Römische Privatrecht* vol. 1 2<sup>nd</sup> ed. C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München (1971) p. 601; R. Sohm *The Institutes. A Textbook of the History and System of Roman Private Law* (tr. by J.C. Ledlie) 3<sup>rd</sup> ed. Clarendon Press, Oxford (1935) at pp. 211-212 defines a gift as a transaction whereby one person, from motives of liberality, that is with a motive of enriching another person, makes over to that other person some property or benefit. See, further, A. Wacke “Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument” in R. Zimmermann, R. Knütel & J.P. Meincke (eds.) *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999) at p. 329, where he states that although “[n]iemand gibt umsonst”, the donor nevertheless expects some acknowledgement and gratitude from the donee as well as a “himmlischen Lohn” for his good deed (cf. n. 30). According to Wacke (quoting Gregor von Tours at pp. 338-339) “richtig schenken” is an art. See, further, Seneca (*De vita beata* 24.1) which reads as follows: “Errat si quis existimat facile rem esse donare.”

<sup>3</sup> R.W. Lee *The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian* Sweet and Maxwell Limited, London (1956) p. 147.

<sup>4</sup> For *munificentia* see *The Oxford Universal Dictionary Illustrated* 3<sup>rd</sup> ed. Clarendon Press, Oxford (1964) sv “Munificent” and “Munificence” at p. 1298. The word is derived from *munificus* (generous, liberal) = *munus* (gift) + *facere* (to make).

<sup>5</sup> See *D. 39.5 De Donationibus; Codex 8.53(54) De Donationibus; Codex 8.55(56) De Revocandis Donationibus*; and *Inst. 2.7 passim*.

<sup>6</sup> Unless they were made to certain specified people, such as parents or children: see Sohm (*supra*, n. 2) p. 212. R. Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* University Press, Oxford (1996) pp. 482-483 surmises that the *lex Cincia* (204 B.C.) may have been enacted during a period of economic difficulty when the Second Punic War was finally coming to an end. However, it was more likely that it constituted part of the *leges sumptuariae* that were issued to limit large gifts in order to prevent some families from accumulating huge amounts of money, property and possessions through which they could obtain political influence.

<sup>7</sup> Cf. *D. 24.1.1 Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum; D. 24.1.3pr.-1 Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum; Codex 5.3.1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Metrodoro); Codex 5.15.2 (Imp. Alexander A. Papiniana (229)); Codex 5.16.6 (Imp. Alexander A. Nepotiano (229))*. See, also, M. Kaser *Das Römische Privatrecht* vol. 2 2<sup>nd</sup> ed. C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München (1975) p. 399.

- <sup>8</sup> The *lex* appeared to be still in force in A.D. 341; *C. Th.* 8.12.6 *Impp. Constantius et Constans* (341).
- <sup>9</sup> *Codex* 8.53(54).34 *Imp. Justinianus A. Demostheni* pp. (529); *Inst.* 2.7.2.
- <sup>10</sup> J.A.C. Thomas *Textbook of Roman Law* North-Holland Publishing Company, Amsterdam (1981) p. 192. *Codex* 8.53(54).36.3 *Imp. Justinianus A. Johanni* pp. (531). In exceptional cases, if these gifts were donated to charity, the Church or the Emperor, they would nevertheless be valid.
- <sup>11</sup> See Thomas (*supra*, n. 10) p. 192.
- <sup>12</sup> *Codex* 8.53(54).6 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Calpurniae Aristaenetae* (286)).
- <sup>13</sup> See M. Kaser & R. Knütel *Römisches Privatrecht* 19<sup>th</sup> ed. Verlag C.H. Beck München (2008) at p. 259: “Die Schenkung (*donatio*) ist eine *unentgeltliche* Zuwendung, also eine solche, für die der Geber keine geltwerte oder sonstige Gegenleistung erwartet.”
- <sup>14</sup> Cf. W.W. Buckland *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* 3<sup>rd</sup> ed. rev. P. Stein University Press Cambridge (1963) p. 253; Kaser vol. 1 (*supra*, n. 2) p. 602; *Codex* 8.53(54).35.5b (*Imp. Justinianus A. Iuliano* pp. (530)); *Inst.* 2.7.2; *D.* 39.5.22 (*Modestinus libro octavo differentiarum*) and 24 (*Iavolenus libro quarto decimo ex Cassio*).
- <sup>15</sup> Kaser (*supra*, n. 7) p. 394.
- <sup>16</sup> Kaser (*supra*, n. 2) pp. 601ff.
- <sup>17</sup> Cf. *D.* 39.5.34pr. *Paulus libro quinto sententiarum*; *D.* 39.5.14 *Julianus libro septimo decimo digestorum*; *D.* 24.1.49 *Marcellus libro septimo digestorum*; *D.* 12.1.20 *Julianus libro octavo decimo digestorum*: “*donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*”; *Codex* 5.3.1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Metrodoro*); *Codex* 3.32.2.1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Aristaeneto* (213)). It appears that the intention of the giver is of the utmost importance and relevance. For the classical lawyers, donation was a disposition for the benefit of another person, who was not expected to give anything for it. Various legal acts constituted a donation if they were intended to confer a gratuitous benefit on the donee, since the special characteristic of a gift was the motive underlying it, namely the *animus donandi* or motive of liberality. Cf. Kaser (*supra*, n. 2) pp. 601ff; Zimmermann (*supra*, n. 6) pp. 479-480; Sohm (*supra*, n. 2) p. 212; Kaser-Knütel (*supra*, n. 13) p. 260.
- <sup>18</sup> Cf. Kaser-Knütel (*supra*, n. 13) p. 260.
- <sup>19</sup> Zimmermann (*supra*, n. 6) p. 491.
- <sup>20</sup> Zimmermann (*supra*, n. 6) p. 492.
- <sup>21</sup> *D.* 39.5.1pr. *Julianus libro septimo decimo digestorum*; *Inst.* 2.7.2.
- <sup>22</sup> *Codex* 5.16.27.1 *Imp. Justinianus A. Iohanni* pp. (530): “*Cum itaque in utroque casu oportet Augusto remedio causam dirimi, cum nihil aliud tam peculiare est imperiali maiestati quam humanitas, per quam solam dei servatur imitatio, in ambobus casibus donationem firmam esse censemus.*”
- <sup>23</sup> Zimmermann (*supra*, n. 6) p. 494-495; Kaser (*supra*, n. 7) p. 282ff. As far as donations are concerned, cf. *Codex* 8.53(54).35.5b *Imp. Iustinianus A. Iuliano* pp. (530): “*non ex hoc ....*”; and *Inst.* 2.7.2: “*et ad exemplum ...*”.
- <sup>24</sup> *Inst.* 2.7.2: “*Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.*”
- <sup>25</sup> Zimmermann (*supra*, n. 6) p. 495.
- <sup>26</sup> Kaser (*supra*, n. 7) p. 396. Cf. *Codex* 4.21.17pr. *Imp. Iustinianus A. Menae* pp. (528). See, also, Wacke (n. 2) who confirms that it was indeed a contract in which the donee was required to accept the gift. The donee had a choice in this regard: see *D.* 50.17.69 (“*Invito beneficium non datur*”) and *D.* 39.5.19.2 (“*Non potest liberalitas nolenti acquiri*”).
- <sup>27</sup> *Codex* 8.53(54).25 *Imp. Constantinus A. ad Maximum pu.* (316); *Codex* 4.21.17pr. *Imp. Iustinianus A. Menae* pp. (528). Cf. Kaser-Knütel (*supra*, n. 13) p. 260: “*Sie wird auch als blosses Versprechen wieder verbindlich gemacht ... Damit wird das Schenkungsversprechen ein selbständig obligierender, durch Konsens begründeter contractus.*”

- <sup>28</sup> W.W. Buckland & A.D. McNair *Roman Law and Common Law* (2<sup>nd</sup> and rev. ed. F.H. Lawson) University Press, Cambridge (1952) p. 233.
- <sup>29</sup> See *D. 39.5.1pr. Julianus libro septimo decimo digestorum*.
- <sup>30</sup> Zimmermann (*supra*, n. 6) p. 496. See 2 Corinthians 9:7: "Every man according as he purposeth in his heart, so let him give, not grudgingly, or of necessity; for God loveth a cheerful giver". Cf. also Exodus 25.2.
- <sup>31</sup> *Codex* 8.53(54).33pr. Imp. Iustinianus A. Menae pp. (528).
- <sup>32</sup> *Codex* 8.53(54).36.3 Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. (531).
- <sup>33</sup> Gifts were, *inter alia*, limited in value since a donation could impoverish a *familia*: see L. Waelkens *Civium Causa. Handboek Romeins recht* Uitgeverij Acco, Leuven (2008) p. 361.
- <sup>34</sup> Kaser (*supra*, n. 2) p. 604; W.W. Buckland *A Manual of Roman Private Law* 2<sup>nd</sup> ed. University Press, Cambridge (1939) p. 151; Wacke (n. 2) pp. 347-348, 350-351.
- <sup>35</sup> *Inst. 2.7.2*: "sciendum tamen est, quod, etsi plenissimae sint donationes, tamen si ingrati existant homines in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestavimus certis ex causis eas revocare, ne, qui suas res in alios contulerunt, ab his quondam patiantur iniuriam vel iacturam, secundum enumeratos in nostra constitutione modos" ("One thing, however, should be known and that is that, even though gifts be fully perfect, if the persons, so advantaged by the boon, be ungrateful, we have provided in a constitution that, for certain causes, the donors shall be at liberty to revoke their gifts so that, according to the provisions set out in our constitution, people shall not have conferred their property on others at whose hands they suffer any wrong or harassment"). All texts and translations from the *Institutes* of Justinian are derived from J.A.C. Thomas *The Institutes of Justinian. Text, Translation and Commentary* Juta & Company Limited, Cape Town (1975).
- <sup>36</sup> *Inst. 2.7.2*.
- <sup>37</sup> See *Codex* 8.55(56).1pr. et 2 Imp. Philippus A. Agilio Cosmiano (249 A.D.). Cf. *Vat. Frag.* 272: "Hoc tamen ius stabit intra ipsorum tantum liberalitatem, qui donauerunt: ceterum neque filii eorum neque successors ad hoc beneficium peruenient; neque enim fas est omnimodo inquietari donationes, quas is qui donauerat in diem uitae suae non reuocavit."
- <sup>38</sup> *Codex* 8.55(56).7pr. Imp. Constantius et Constans AA. ad Philippum pp. (349). See also *Vat. Frag.* 272 "Nam qui obsequio suo liberalitatem patronorum prouocauerunt, sunt digni quin eam [non] retineant, cum coeperint obsequia negligere, cum magis eos conlata liberalitas ad obsequium inclinare debeat quam ad insolentiam erigere." This fragment mentions ingratitude but does not make it essential. However, *Codex* 8.55(56).1 Imp. Philippus A. Agilio Cosmiano (249) does: "Etsi perfectis donationibus in possessionum inductus libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure ut dominus possederit, tamen, si ingratus sit, omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit." This is confirmed by later legislation. Buckland (*supra*, n. 34) p. 152; Kaser (*supra*, n. 2) p. 604. Further *Pauli Sententiae* 1 1B 2: "Ingratus libertus est, qui patrono obsequium non praestat, vel res eius filiorumve tutelam administrare detractat."
- <sup>39</sup> *Vat. Frag.* 248. See, also, *C. Th.* 8.13.1-2 Imp. Constantius et Constans AA. ad Philippum, pp.
- <sup>40</sup> *Codex* 8.55(56).9 Imp. Theodosius et Valentinianus AA. ad Senatam (426). It is interesting to note that although the word "gross" is not mentioned in any of the constitutions, Sohm (*supra*, n. 2) at p. 212 states that gifts were revocable on the ground of *gross* ingratitude.
- <sup>41</sup> *Codex* 8.55(56).10pr.-1 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>42</sup> "Ex his enim tantummodo causis."
- <sup>43</sup> *Codex* 8.55(56).10.1 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>44</sup> *Codex* 8.55(56).10.1 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>45</sup> "Hoc tamen ius stabit intra ipsos tantum, qui liberalitatem dederunt. Ceterum neque filii eorum neque successores ad hoc beneficium pertinebunt."



- <sup>46</sup> *Codex* 8.55(56).7.3 Impp. Constantius et Constans AA. ad Philippum (349).
- <sup>47</sup> *Codex* 8.55(56).10.2 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>48</sup> According to Justinian, if the donor had kept silent about the donee's ingratitude, his silence should be permanent.
- <sup>49</sup> Thomas (*supra*, n. 10) pp. 192-193.
- <sup>50</sup> *Codex* 8.55(56).7 Impp. Constantius et Constans AA. ad Philippum (349).
- <sup>51</sup> Buckland (*supra*, n. 34) pp. 151-152.
- <sup>52</sup> Cf. R.W. Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* 5<sup>th</sup> ed. Clarendon Press, Oxford (1961) pp. 285-286.
- <sup>53</sup> H de Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (tr. A.F.S. Maasdoorp *The Introduction to Dutch Jurisprudence of Hugo de Groot* 3<sup>rd</sup> ed. J.C. Juta & Co., Cape Town (1903)) at 3.2.14. See also Lee (*supra*, n. 52) p. 285.
- <sup>54</sup> See De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.1 with reference to *D.* 39.5.1 Julianus *libro septimo decimo digestorum*. See, also, H. de Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (notes by S.J. Fockema Andreae; 3<sup>rd</sup> ed L.J. van Apeldoorn) S. Gouda Quint., Arnhem (1926) 3.2.1: "Schenkingen is een toezegging, waer door iemand aen een ander niet zijnde verbonden, uit *weldadigheid* hem zelve verbind om dien iet van 't sijne te geven ... ." Cf. F. Dovring, H.F.W.D. Fischer & E.M. Meijers (eds.) *Hugo de Groot, Inleidinge tot de Rechtsgeleerdheid* Universitaire Pers, Leiden (1952) 3.2.1.
- <sup>55</sup> S. van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-regt* (rev. and ed. by C.W. Decker and tr. by J.G. Kotzé *Simon van Leeuwen's Commentaries on Roman-Dutch Law*) vol. 2 Sweet and Maxwell Limited, London (1923) 4.30.1.
- <sup>56</sup> J. Voet *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects* vol. 6 (tr. P. Gane) Butterworth & Co. (Africa) Ltd., Durban (1957) 39.5.1.
- <sup>57</sup> J. van der Linden *Van der Linden's Institutes of the Law of Holland* 2<sup>nd</sup> ed. (tr. G.T. Morice) T. Maskew Miller, Cape Town (1922) 1.15.1.
- <sup>58</sup> (*supra*, n. 53) 3.2.4 .
- <sup>59</sup> De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.15. See, however, Lee (*supra*, n. 52) p. 287 who states, with reference to Voet 39.5.18, that Justinian's constitution (*Codex* 8.53(54).36.3) requiring registration of gifts had been adopted in Dutch law. See Dovring, Fischer & Meijers (*supra*, n. 54) 3.2.15.
- <sup>60</sup> With regard to the rule that gifts larger than 500 *aurei* had to be registered, Van Leeuwen (*supra*, n. 55) at 4.30.4 mentions that there was uncertainty about the value of the 500 gold coins in his time.
- <sup>61</sup> Leeuwen (*supra*, n. 55) 4.30.3.
- <sup>62</sup> Voet (*supra*, n. 56) 39.5.18.
- <sup>63</sup> D.G. van der Keessel *Theses Selectae* (tr. C.M. Lorenz *Select Theses on the Laws of Holland and Zeeland* J.C. Juta, Cape Town (1884)) 3.2.19 (489).
- <sup>64</sup> Van der Linden (*supra*, n. 57) 1.15.1.
- <sup>65</sup> See De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.16.
- <sup>66</sup> De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.17: such as endangering the life of the donor, or striking him, or attempting to ruin him financially. He also refers to other causes mentioned in *Codex* 8.53(54).35.5 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530) and *Codex* 8.55(56).10.1 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>67</sup> Van Leeuwen (*supra*, n. 55) 4.30.7: "groote ondankbaarheid" ("gross ingratitude").
- <sup>68</sup> With reference to *Codex* 8.55(56)10 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>69</sup> Voet (*supra*, n. 56) 39.5.22.
- <sup>70</sup> Cf. *D.* 2.14.27.3-4 Paulus *libro tertio ad edictum*.
- <sup>71</sup> Voet (*supra*, n. 56) section 22 with reference to *Codex* 8.55(56).10.1 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>72</sup> See Van der Linden (*supra*, n. 57) 1.15.1 where the author already in the definition of a donation states that a donation "is an agreement by which a person through liberality *irrevocably* parts with something ... ."

- <sup>73</sup> Cf. Van der Linden (*supra*, n. 57) 1.15.1. Further *Codex* 8.55(56).10.1 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530); De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.17; Van Leeuwen (*supra*, n. 55) 4.30.7; Voet (*supra*, n. 56) 39.5.22; Van der Linden (*supra*, n. 57). Cf., also, Lee (*supra*, n. 52) pp. 288-289 who refers to Justinian in *Codex* 8.55(56).10 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530) in order to determine what constituted “gross ingratitude”.
- <sup>74</sup> (*supra*, n. 53).
- <sup>75</sup> (*supra*, n. 54).
- <sup>76</sup> (*supra*, n. 54) 3.2.17.
- <sup>77</sup> Voet (*supra*, n. 56) 39.5.23.
- <sup>78</sup> Cf. *Inst.* 4.12.1; *D.* 2.11.10.2 Paulus *libro primo ad Plautium*.
- <sup>79</sup> *Codex* 8.55(56).10.2 Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>80</sup> Voet (*supra*, n. 56) 39.5.23. Cf. *Codex* 8.55(56).7.3 Imp. Constantius et Constans AA. ad Philippum (349); *Codex* 8.55(56.10) Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. (530).
- <sup>81</sup> *Inst.* 4.12.1; *D.* 2.11.10.2 Paulus *libro primo ad Plautium*.
- <sup>82</sup> See L.F. van Huyssteen, S.J.W. van der Merwe & C.J. Maxwell *Contract Law in South Africa* 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn (2012) par 153. See, also, par. 331 where the authors state that the agreement to give a donation is not a contract and must therefore be distinguished from the contract of donation.
- <sup>83</sup> R.H. Christie *The Law of Contract in South Africa* LexisNexis Butterworths, Durban (2006) p. 57. Cf. *D.* 50.17.69 Paulus *libro singulari de adsignatione libertorum*: “*Invito beneficium non datur.*”
- <sup>84</sup> A.F.S. Maasdorp *Maasdorp’s Institutes of South African Law* vol. 3 9<sup>th</sup> ed. (ed. and rev. C.G. Hall) Juta, Cape Town (1978) p. 61. Cf. De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.1; Van Leeuwen (*supra*, n. 55) 4.30.1; Voet (*supra*, n. 56) 39.5.1; Van der Linden (*supra*, n. 57) 1.15.1. See, also, P.R. Owens (rev. B. Wunsh and 2<sup>nd</sup> ed. H. Daniels) “Donations” in *The Law of South Africa* 2<sup>nd</sup> ed. vol. 8 part 1 in par. 301 p. 370 who defines a donation as “an agreement which has been induced by pure (or disinterested) benevolence or sheer liberality whereby a person under no legal obligation undertakes to give something (this includes the gratuitous release or waiver of a right) to another person, called ‘the donee’, with the intention of enriching the donee, in return for which the donor receives no consideration nor expects any future advantage”.
- <sup>85</sup> [2005] JOL 15248 (ZH) pp. 7-8 with reference to *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 at p. 364 and p. 366 (Tindall, A.J.) and see also at pp. 382-384 (Fischer A.J.A.); *Commissioner for Inland Revenue v. Estate Hulett* 1990 (2) SA 786 A.D. at 801; *Estate Jager v. Whittaker* 1944 A.D. 246 p. 250. In *Fenton v. Fenton* [2006] JOL 17940 (T) at pp. 2-3 A.J. Mabuse quoted a more detailed definition of a donation from (allegedly) “*Potte v. Rand Township Registrar*” (*Potter v. Rand Townships Registrar*): “[A] donation is an agreement which has been induced by pure benevolence or sheer liberality whereby a person under no legal obligation undertakes to give something to another person, called the donee, with the intention to enrich the donee, in return for which the donor receives no consideration nor expects any further advantage”.
- <sup>86</sup> See, for example, *Thorpe’s Executors v. Thorpe’s Tutor* (1886) 4 SC 488 at p.190; *Estate Phillips v. Commissioner for Inland Revenue* 1942 A.D. 35 at p. 43-44. Cf. Van Huyssteen *et al* (*supra*, n. 82) par. 157.
- <sup>87</sup> (1886) 4 SC 488 at p. 490. Smith J. concurred, stating, however, that according to *Smith’s Dictionary* (“one of the best authorities”) the *aureus* was worth £1 1s 1d. Cf. *Haines’ Executor v. Haines* 1917 E.D.L. 40 at pp. 66-67.
- <sup>88</sup> See *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 at pp. 347-349.
- <sup>89</sup> Later replaced by section 43 of the General Law Amendment Act of 1968. See *Commissioner of Inland Revenue v. Estate Hulett* 1990 (2) SA 786 (A) pp. 793-801.
- <sup>90</sup> Section 5 of Act 50 of 1956. See, also, Act 70 of 1968 section 43. Cf. Maasdorp (*supra*, n. 84) p. 66; Christie (*supra*, n. 82) pp. 123-124.
- <sup>91</sup> *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 p. 365.

<sup>92</sup> In *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 p. 384 A.J.A. Fischer in passing mentioned that the donor had the right to revoke a gift on the ground of gross ingratitude. Owens (*supra*, n. 84) in par. 310 p. 379.

<sup>93</sup> *Kay v. Kay* 1961 (4) SA 257 (A.D.) pp. 260-261. *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 at 364. A *donatio propria* was defined as a gift given to another (the donee) with the proviso that it would not revert to himself and that it was made with the intention of exercising his liberality and generosity.

<sup>94</sup> Voet (*supra*, n. 56) 39.5.22. See Van Leeuwen (*supra*, n. 55) 4.30.7; Van Leeuwen *Censura Forensis* 2.8.18; De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.17-21. Cf. *Thorpe's Executors v. Thorpe's Tutor* (1886) 4 SC 488.

<sup>95</sup> *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 pp. 384-385 and pp. 386-387. See also Owens (*supra*, n. 84) p. 379.

<sup>96</sup> With reference to De Groot (*supra*, n. 53) 3.2.17 and Voet (*supra*, n. 56) 39.5.22.

<sup>97</sup> [2005] JOL 15248 (ZH) p. 7 with reference to *Ahrend v. Winter* 1950 (2) SA 682 (T).

<sup>98</sup> *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 pp. 384-385.

<sup>99</sup> Owens (*supra*, n. 84) p. 79. Voet (*supra*, n. 56) 39.5.22: (1) a physical attack by the donee on the donor; (2) where the donee intentionally causes the donor a loss of property; (3) where the donee tries to kill the donor; and (4) if the donee fails to comply with the stipulated conditions of the contract. See, too, *Mulligan v. Mulligan* 1925 W.L.D. 178 at p. 182 with reference to Voet (*supra*, n. 56) 39.5.22 where he states that a gift can [also] be revoked "for similar and other weighty reasons".

<sup>100</sup> In *Fenton v. Fenton* [2006] JOL 17940 (T) at pp.11-12 A.J. Mabuse held that the right to revoke a gift on the ground of ingratitude is recognised in Roman-Dutch law and was followed in earlier South African cases.

<sup>101</sup> See Owens (*supra*, n. 84) p. 380 with reference to Voet (*supra*, n. 56) 39.5.23.

<sup>102</sup> *Avis v. Verseput* 1943 A.D. 331 at pp. 384-385.

<sup>103</sup> Owens (*supra*, n. 84) p. 379.

## **IN MEMORIAM MIRCEA MUREȘAN**

### **LESION AND ITS FUNCTIONAL EQUIVALENTS. A GLANCE AT FRANCE, QUÉBEC, LOUISIANA AND THE UNITED STATES COMMON LAW<sup>1</sup>**

**Adrian TAMBA\***

**Abstract:** *The current work is dedicated to lesion and beings that are its functional equivalents. The study encompasses no less than five parts. The Introductory Speech is followed by a Part that presents the French, Québécois, and Louisianian lesions; the three entities are also compared. Some remarks on lesion's foundation and the concepts that explain it are contained in the same Part. The third Part looks at unconscionability and places it face to face with lesion. Part IV embraces lesion's other functional equivalents. The fifth and last Part includes the Final Observations.*

#### **Part I. Introductory Speech**

##### **1. Aim of the current research project.**

The protection of consent (when the latter is affected by some "*malady*") and the absence of balance at the time a contract is made represent a phenomenon to which France, Québec, Louisiana, and the Common Law of the United States are not insensitive.

The backbone or the thesis of this work may be summarized as follows: France, Québec, Louisiana, and the Common Law of the United States contain legal techniques that protect consent (or, if at times they do not, nonetheless they ought to care for it); these legal techniques, usually, are concerned with the problem of a "*diseased*" consent, and the primordial contractual imbalance. Furthermore, the following aspect must not escape us: in the context of these legal techniques (*e.g.*, lesion), at the surface, one sees only the initial conventional imbalance, but, if one goes deeper, usually there is also a "*sickness*" of consent.

Of course, one must not forget the following aspect: in the enumerated legal systems, there is a clash between two opposing forces that have distinct desires; the common law lawyer might see this in the form of "*Force 1 v. Force 2*". The first force is represented by legal techniques (*e.g.*, lesion and unconscionability) based on ideas such as commutative justice, or morality; these legal techniques, as commanded by the concepts underlying them, desire<sup>2</sup> to fight the initial conventional imbalance by placing their hands on the contract and touching it (this touch may be a rather gentle one, leading to the alteration of the contract, but letting it live; the touch might be a brutal one, or a strong

grip that chokes the convention to a retroactive death or to a *ex nunc* death). The second force is freedom of contracts, or security, or stability of conventions; this force desires that the contract is left untouched. France, Québec, Louisiana, and the Common Law of the United States seem to favor the second force. Thus, the legal techniques that are the first force and the concepts serving as their foundation, usually, kneel before freedom of contracts.<sup>3</sup> However, sometimes, more or less rare, the first force and the concepts on which it stands have their day.

Of course, some readers might pose at least a few questions. Specifically, I could be interrogated as to why I talked about "*legal techniques that protect consent (or, if at times they do not, nonetheless they ought to care for it)*"? Why did I use the word "*usually*" within the final part of my thesis? What do I mean by "*legal techniques that at times do not protect consent, but nevertheless, they ought to do so*"? My answer is this: in regard to unconscionability,<sup>4</sup> the Québécois lesion,<sup>5</sup> the Louisianian lesion,<sup>6</sup> and even in relation to some of the French lesion,<sup>7</sup> one might talk about protection of consent. The trouble is represented by the French lesion that occurs in the case of persons of full age (for details see *infra* nos 6 and 10). This type of lesion is seen through the eyes of the objective conception, and, as such, it has nothing to do with consent.<sup>8</sup> The French Court of Cassation said the following: "*il importe peu que les parties aient donné leur adhésion en pleine connaissance de cause, la lésion constituant en soi une cause de rescision, indépendamment de tout vice de consentement*" (it is less important that the parties were fully aware when they expressed their adhesion, because lesion is by itself a motive of rescission, independently of any vice of consent).<sup>9</sup> This would mean that this type of lesion appears even if the parties were fully aware of everything; that is, it appears even though there was nothing wrong with consent. Lesion, in the objective conception, does not concern itself with consent, but this type of lesion is a perversion (*infra* no 10). Lesion ought to always protect consent, as it will be discussed below (*infra* no 10); as such, I have formulated a thesis that accepts that lesion protects consent (in general), and when it actually does not do so, it ought to protect consent.

I have already mentioned that lesion is a legal mechanism or doctrine designed to fight the initial contractual imbalance between advantages; of course, the protection of consent may be seen as part of lesion's function; in the end, lesion's function may be seen as a complex one (*infra* no 2). Where lesion is absent (either completely, as it happens in the U.S., or only in regard to some contracts<sup>10</sup>), the legal systems do contain some functional equivalents to lesion. It is worthwhile to add that the comparatist in search for functional equivalents requires imagination.<sup>11</sup> That means that the scholar must adopt a broad view that allows him to understand how mechanisms, apparently made for accomplishing one task, have in reality the power to also perform another one. Furthermore, the comparatist "... *should go as deep as possible into his chosen systems*".<sup>12</sup> As such, the search for functional equivalents to lesion will take me into various fields of the law (*e.g.*, contracts, where one can find the vices of consent; real securities, where one may notice *lex commissoria*). Perhaps walking in these areas of the law will give the impression that I am present in many places, but being in those places seems to be commanded by the need to go deep into the elected systems, that is, by the desire to be thorough.

From the very beginning at least one aspect must be grasped by the reader. These functional equivalents may be used to protect the "diseased" consent and attack the imbalance that exists when the contract is made. However, it does not mean that their primary function is to protect the "tainted" consent and battle the lack of equilibrium; their primary function might be a different one, and only their secondary function might serve to protect the "sick" consent and fight against the primordial contractual disequilibrium. This would mean that some mechanisms are lesion's functional equivalents from the perspective of the former's secondary function (see, e.g., *infra* no 22).

Finally, when I have indicated the thesis of this paper, I used the expression "legal techniques" before mentioning concepts such as "consent". I did so because technique will be privileged. The current study will embrace a "technical" perspective: my attention will be focused on the nature, scope, requisites, and the remedies connected to the legal mechanisms that shall be discussed. Be that as it may, the concepts that justify the existence of these legal mechanisms will not escape the analysis. A paragraph to be found below (*infra*. no 10) will bring into the light the ideas that serve as lesion's foundation; furthermore, the very same paragraph shall encompass a few remarks on the tension between, on one hand, lesion and the concepts underlying it, and, on the other hand, freedom of contracts. Paragraph no 10 will contain some remarks on how *the law of lesion is* (at times) and on how *it ought to be*.

## 2. Lesion – definition and function.

One of the points of departure of a work called "Lesion and its Functional Equivalents. A Glance at France, Québec, Louisiana and the United States Common Law" will naturally be represented by an indication of the meaning of the institution under consideration.

Lesion was given the following signification: damage suffered by one party, in the context of a contract or of a partition, because of the primordial inequality between the reciprocal obligations or lots.<sup>13</sup> Briefly, the being under analysis involves a certain disproportion between the parties' reciprocal obligations.<sup>14</sup> The imbalance is one that shows itself at the time the contract is forged. The instant this creature is observed certain remedies are provided: relative nullity, damages, the reduction of obligations or a supplement (*infra.*, Part II). The trouble is that acceptance of lesion encroaches on other worthy values, such as the freedom of conventions and the stability of contracts or security of transactions. To put it in other words, one must be aware of the collision between two "treasures": (i) the fight against the colossal imbalance that exists when the contract is made and (ii) the freedom and stability or safety of contracts. It seems obvious that if lesion and its remedies are embraced, the contract is affected. Fouillée's expression, "Qui dit contractuel, dit juste",<sup>15</sup> receives a fatal blow, because the very presence of lesion indicates exactly the contrary: *Qui dit contractuel, ne dit pas juste* (i.e., who says contractual, does not say just). Also, lesion generates contractual instability or insecurity (the convention can be assassinated by nullity or it may be given another shape through the mechanism of reduction or supplement). As we shall see (*infra*. Part II), the various legal systems are aware of this delicate aspect.

My endeavor has the ambition of being a comparative study. As such, one must not limit his research to an equivalent institution,<sup>16</sup> that is, an institution that resembles lesion. Instead, the comparatist is to ask himself what is the function of the juridical creature he aims at, what is the problem it wants to take care of?<sup>17</sup> Lesion is concerned or ought to be concerned with the "disease" of consent and it is always concerned with the disequilibrium in conventions. Indeed, this is lesion's complex function (*i.e.*, usually, it fights the "sickness" of consent, and always struggles with the initial contractual imbalance). When emphasis is placed upon the function of an institution, as I have done, one talks about the functional method.<sup>18</sup>

### **3. Brief remarks on the method this study will be sensitive to – equivalence functionalism.**

The methods that a comparative study can deploy are not few.<sup>19</sup> However, "today, we understand that when we compare rules, we must take a functional approach ...".<sup>20</sup> Furthermore, "the basic methodological principle of all comparative law is that of functionality".<sup>21</sup> The only things that are comparable are the ones which fulfill the same function.<sup>22</sup> Functionalism<sup>23</sup> is problem-oriented<sup>24</sup>, and this means that "... in comparative law one must focus on the concrete problem".<sup>25</sup> It should be kept in mind that the problem must be posed in purely functional terms, without reference to national concepts.<sup>26</sup> The comparatist is bound to purge himself of his native legal concepts and discover the functional equivalents within the compared legal systems. He will look beyond the legal devices, because it is possible that the function fulfilled in one system by a legal rule is accomplished somewhere else by an extralegal phenomenon.<sup>27</sup> The functionalist is mindful of the social, economic and political context.<sup>28</sup>

The essence of functionalism is this: there are similar problems that are solved by different mechanisms in such a manner that the results are the same.<sup>29</sup> These mechanisms are functionally equivalent; their function is to address the same issue and achieve a like solution, which, in the end, is reached.

Though there are authors who believe that the functional method is not beyond criticism,<sup>30</sup> it is, nevertheless, the approach to which this paper will remain faithful. It is undeniable that some of the most influential studies that compared civil law and common law institutions used the equivalence functionalism.<sup>31</sup> First, my paper is destined to compare institutions belonging to the civilian and common law traditions. Second, since institutions are the elements under comparison, and not entire legal systems, it is a paper that fits in the category of micro-comparisons.<sup>32</sup> Equivalence functionalism<sup>33</sup> seems to be a choice superior to any other.

### **4. The choice of legal systems in which to look for functionally equivalents. The structure of the current work.**

The systems that I have chosen are France, Québec, Louisiana, and the common law states of the U.S. I believe that this choice illustrates what Zweigert<sup>34</sup> called "*une sage limitation*" (a wise limitation). I chose to limit my research to the enumerated legal

systems for two reasons. The first is represented by linguistics: I can understand the languages used in these jurisdictions. The second consists of my training: the listed legal environments are familiar to me.

Besides the present introductory part, this work will include no less than four other parts. Part II will be titled "*Lesion – A French, Québécois and Louisianian Spectre*"; this second section will be mainly a descriptive one; only its paragraph 10 shall contain a deep and critical analysis. Part III will be known as "*Uconscionability and Lesion Compared*". Part IV, named "*Lesion and other Functional Equivalents*", will be a search for doctrines<sup>35</sup> that, among other functions, also try to take care of the same issue as lesion does. The last part (*i.e.*, V) will encompass the "*Final Observations*".

Zweigert and Kötz advise us that the "*... the process of comparison proper starts only when the reports on the different legal systems have been completed. To present such reports before the comparison proper begins is an established method of research and a proven way of constructing works on comparative law. Separate reports should be offered for each legal system ...*".<sup>36</sup> Reimann appears to agree with Zweigert and Kötz when he says that "*knowledge of foreign law is an indispensable prerequisite to explicit comparison ...*".<sup>37</sup>

On the other hand, one author does not seem to approve of such a structure; he sees it as "*simplistic, ineffective, and inefficient*".<sup>38</sup> He urges the comparatist to "*make every section comparative*".<sup>39</sup>

As far as I am concerned, generally, I will make every section (*i.e.*, Part) comparative. It must be noted, nevertheless, that juxtaposition is necessary before comparison.<sup>40</sup> That is why within each Part, before advancing to the actual comparison, the status of every legal system will be indicated.

## **Part II. Lesion – A French, Québécois and Louisianian Spectre**

### **5. Lesion – definition revisited, possible conceptions, and a locution on its domain.**

One can observe above (*supra* no 2) the understanding of lesion provided by the dictionary coordinated by Cornu. In all truth, there are different, not to say better, ways to define the spectre. The word lesion describes the damage suffered by one party because of the imbalance that exists between prestations at the moment the contract was made.<sup>41</sup> This way at looking at the entity seems better, simply because it does not mention the word "partition"; there is no need to indicate it, since partition is a convention,<sup>42</sup> and when one says "contract" it also encompasses it.

The French doctrine believes that there are two possible conceptions of lesion: a subjective and an objective one;<sup>43</sup> according to the former, lesion is a vice of consent,<sup>44</sup> whereas the latter indicates that the being has nothing to do with consent.<sup>45</sup> The Louisiana legal literature also mentions the subjective and objective conceptions.<sup>46</sup> Some Québécois authors talk about three conceptions: (i) the objective one; (ii) the classic subjective view; and (iii) the contemporary subjective perspective;<sup>47</sup> perhaps, in regard to the latter legal system, these conceptions may be classified in two broad categories: the objective conception and the subjective perspective (this last one may encompass two sub-



categories: the classic subjective view, and the contemporary subjective one); briefly, even in Québec, the conceptions on lesion may be limited to two.

Lesion's definition indicates that it is favorable to synallagmatic, onerous, and commutative contracts;<sup>48</sup> these are the types of conventions for which the technique of lesion is fitted.<sup>49</sup> That is why, some legislative provisions that talk about lesion (*e.g.*, the Québec Civil Code art. 2332) are questionable; one is in the impossibility to notice it if the convention does not have the characteristics enumerated in the prior phrase. However, such mechanisms (*e.g.*, usury) can be seen as lesion's functional equivalents: they aim at rejecting a sort of imbalance that exists when the convention is fabricated.

## **6. Lesion – a French creature.**

Within the French Civil Code,<sup>50</sup> lesion can be found especially at arts. 1118, 1305, 1313, 889 and 1674-1685. The first text indicates when lesion may be claimed. Art. 1305, in referring to non-emancipated minors, shows that this category of persons may claim lesion in all types of contracts. Art. 1313 illustrates the following idea: persons of full age are unable to invoke lesion, except in the cases permitted by legislation. Arts. 889 and 1674-1685 discuss lesion when two contracts are involved: partition, and sale of immovables.

There are at least three views in the French doctrine regarding the juridical nature of lesion.

Dean Carbonnier tells us that art. 1118 follows the texts that treat of error, fraud and duress.<sup>51</sup> As such, it is only natural to assume that, in the eyes of the legislator, lesion is a vice of consent.<sup>52</sup> The institution can be considered a distinct vice, or it is possible to analyze it as an element that generates a presumption that one of the other three vices is present (for instance, if one contractual partner suffers a damage, he committed an error on the value of the prestations, or he acted under a state of fear).<sup>53</sup> However, the author immediately adds that such an analysis is not completely mindful of the role played by lesion.<sup>54</sup> In the case of persons of full age, lesion is not to be seen as a defect of consent, but rather as an objective element.<sup>55</sup> On the other hand, if a contract is made by a minor or a person of full age under protection (*e.g.*, a person under curatorship), then lesion shows itself from a subjective standpoint.<sup>56</sup> Under such circumstances the person is weak, and it can be believed that he was subjected to exploitation. To summarize, Carbonnier teaches us that the French lesion is sometimes an objective vice, and other times it is a vice of consent.

Malaurie and Aynès preach that lesion is most definitely not a vice of consent.<sup>57</sup> When it appears, one contractual party made a bad deal, whereas the other made a good one.<sup>58</sup> This state of things is not seen as a reason for disturbing the security of conventions.<sup>59</sup> In sum, these two authors seem to take an objective approach to lesion.

Finally, Christian Larroumet announces that the French Civil Code embraced the subjective conception in regard to lesion.<sup>60</sup> In the situation of minors and protected persons of full age, the legislator presumes the weakness of their consent.<sup>61</sup> As much as the rest of persons of full age are concerned, lesion is accepted rarely; nonetheless, when it is allowed, this type of persons is under a necessity to make the contract;<sup>62</sup> as such, one might think that the person of full age was exploited by his contractual partner who took advantage of that

state of affairs.<sup>63</sup> Indeed, this scholar reckons that, as a rule, the French Civil Code wanted to build lesion as a vice of consent.

The French jurisprudence is inclined to adopt the objective conception, and, as such, rejects the idea that lesion is a vice of consent.<sup>64</sup> Larroumet believes that by doing so, the judges do not encircle the legislature's position.<sup>65</sup>

The scope of the French lesion, apparently, is not a broad one. "*La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ...*" (lesion does not vitiate conventions, except in regard to certain contracts or certain persons) (F.C.C. art. 1118). Thus, lesion is accepted only in regard to certain persons or in relation to some contracts. The minor can claim lesion every single time he makes an unfavorable act of administration<sup>66</sup> (such as a lease).<sup>67</sup> Equally, a person of full age placed under protection (e.g., curatorship<sup>68</sup>) can claim lesion when he makes an act of administration;<sup>69</sup> on the other hand, it must be noted that some juridical acts in which such a person is engaged will be struck down on grounds of incapacity;<sup>70</sup> when that happens there does not seem to be any point in talking about lesion.

Persons of full age who enjoy contractual capacity are able to yell "lesion" only in rare instances (F.C.C. art. 1313). First, the convention must be synallagmatic, onerous and commutative.<sup>71</sup> However, not all agreements that have such characteristics are opened to lesion.<sup>72</sup> Generally, in regard to this kind of persons, the principles of autonomy of will and security of agreements will prevail over the exigencies promoted by the idea of commutative justice.<sup>73</sup> Nonetheless, in particular cases, the latter<sup>74</sup> was allowed to manifest itself. The French Civil Code tolerates lesion in two situations:<sup>75</sup> sale of an immovable (F.C.C. arts. 1674-1685) and partition (F.C.C. art. 889). In the former contract, only the seller can claim lesion, and a disproportion of more than 7/12 is necessary; in this case, the price received by the vendor must be inferior by more than 7/12. Historical reasons explain why the seller is the only one protected and why solely the sale of immovables is envisaged.<sup>76</sup> Roman law made way for lesion in such a sale, due to a constitution of Emperor Diocletian, though a disproportion of ½ was sufficient;<sup>77</sup> also, *L'Ancien Droit* was sensitive to a lesion of ½ suffered by the vendor.<sup>78</sup> The contract of partition is also subjected to lesion, if one of the parties receives a lot inferior to the one he should collect; the disproportion here has an amount of more than ¼ (F.C.C. art. 889).<sup>79</sup> One who asks himself why lesion must be tolerated in a partition could be satisfied by the following answer: equality is the soul of such a contract;<sup>80</sup> thus, the imbalance must be erased.

Outside the Civil Code, there are a few normative acts that are not repugnant to lesion: (i) art. 1 of a law that dates back in 1907;<sup>81</sup> (ii) the Code of Intellectual Property art. L131-5;<sup>82</sup> the authors<sup>83</sup> also enumerate arts. 10, 15 and 16 of Law no. 67-545,<sup>84</sup> but it seems that today the relevant text is art. L5132-6 2° of the Code of Transports.<sup>85</sup>

French lesion, especially when it involves contracts between persons of full age, supposes one requisite: the disproportion indicated by law<sup>86</sup> (e.g., 7/12 or 1/4).

The legal system under analysis provides a few remedies when lesion is observed: relative nullity (or, as it is also called, rescission), damages, and reduction of obligations. Minors will obtain primarily the rescission of the contract (F.C.C. art. 1305). Persons of full age under protection (e.g., curatorship) have the possibility to invoke relative nullity or reduction of their obligations (F.C.C. art. 465 1°). Finally, those who are of full age and not subjected to a measure of protection have, depending on the contract, a few variants: (i)

rescission in case of a sale of immovables (F.C.C. art. 1674), but the buyer can save the contract by offering a supplement in money (F.C.C. art. 1681);<sup>87</sup> (ii) in case of a contract of sale regarding fertilizers, seeds, plants or substances destined for farm animals, the buyer can obtain the reduction of his obligations and damages (art. 1 of the law of July 8, 1907); (iii) nullity or modification of the contract of maritime assistance (Code of Transports art. L5132-6); (iv) the revision of the price, when the contract is an assignment of the right to exploit an intellectual creation (Code of Intellectual Property art. L131-5). Under F.C.C. art. 889 it seems that the only remedy available to a party who was affected by lesion in a contract of partition is a supplement (*i.e.*, increase of his lot).<sup>88</sup>

### 7. Lesion - a Québécois being.

Articles 1399 (2), 1405-1408, 424,<sup>89</sup> 472,<sup>90</sup> and 2332<sup>91</sup> of the Québec Civil Code<sup>92</sup> are the main texts preoccupied with lesion.<sup>93</sup> The first of the enumerated clauses ranges lesion among vices of consent. The legal literature, nonetheless, observed that probably the Code proceeds in such a manner by reasons of commodity;<sup>94</sup> lesion is not a vice of consent in the traditional sense of the term,<sup>95</sup> but it became a reflection of commutative justice;<sup>96</sup> furthermore, we are told that lesion remains connected to the contractual will and it reflects the idea that the “*lesionary*” agreement was made by a person whose consent presented some problems.<sup>97</sup> On the other hand, there is another view, which is clearer and less tainted by confusion: lesion is a vice of consent separate from the other three.<sup>98</sup>

Lesion has a limited<sup>99</sup> domain of application, because, as a rule, it appears when a juridical act was made by a minor or by a person of full age under protection (art. 1405).<sup>100</sup> In regard to other persons who have achieved the age of majority, lesion is accepted only in situations expressly indicated by the law (art. 1405, first thesis). As one court put it, lesion can be invoked only in exceptional cases.<sup>101</sup> Briefly, like arts. 1001 and 1012 of the Civil Code of Lower Canada (1866), the Q.C.C. maintains the principle that lesion cannot be usually claimed;<sup>102</sup> at least, not by persons who are of full age. Be that as it may, one question is beyond avoidance: why is lesion an entity with a narrow scope? Pineau, Burman and Gaudet indicate that, for many, the explanation resides in contractual liberty and in the necessary security of transactions.<sup>103</sup> Nonetheless, Pineau *et al.* do not find this justification as being convincing.<sup>104</sup> First, freedom of contract and security of agreements are not boundless.<sup>105</sup> Second, they observe that in Germany (§138 (2) BGB (*i.e.*, the German Civil Code)) and Switzerland (Code of Obligations art. 21)<sup>106</sup> lesion is extended to persons of full age; even so, in these countries there is no instability of conventions.<sup>107</sup> Those authors conclude that the Québécois legislator should have accepted a general principle of lesion.<sup>108</sup> Instead, the lawmaker proceeded as in 1866: minors and protected persons of full age are solely envisaged; the regular persons of full age can complain of lesion in cases expressly indicated by law.<sup>109</sup>

Art. 1406 (1) Q.C.C. states that “*lesion results from the exploitation of one of the parties by the other, which creates a serious disproportion between the prestations of the parties; the fact that there is a serious disproportion creates a presumption of exploitation*” (Q.C.C art. 1406 (1)).<sup>110</sup> Some authors preach that the description can be taken into account only exceptionally,<sup>111</sup> because it is applicable only when persons of full

age are involved;<sup>112</sup> lesion was given a delineation at the insistence of the legal professions. The Bar of Québec was complaining that the Q.C.C. offered no definition for lesion.<sup>113</sup> It was the same Bar that, together with other professional associations, desired and obtained the rejection of a general principle of lesion.<sup>114</sup>

The second paragraph of art. 1406 underlines that "*in cases involving a minor or a protected person of full age, lesion may also result from an obligation that is considered to be excessive in view of the patrimonial situation of the person, the advantages he gains from the contract and the general circumstances*". Commenting upon art. 1406 (2), the authors emphasize that lesion, as indicated by this paragraph, rests on the same idea as the one underlined by the first paragraph: exploitation of one party by the other.<sup>115</sup> Both types of lesion have the same roots.<sup>116</sup> If that is the case, I wonder why do Pineau *et alii* indicate that the definition at paragraph 1 of art. 1406 aims essentially at persons of full age? The moment one looks at their words, contained in the following pages, he understands that the second paragraph of art. 1406 is nothing but a manifestation of the definition indicated by the first paragraph of the same article. Briefly, art. 1406 (1) applies also to minors and persons of full age under protection, but with some *souplesse*; that is suggested by the same authors who claim that the text is targeted only at persons of full age. As such, a certain lack of harmony in the analysis of Pineau *et alii* is hard to miss.

Art. 1406 puts into the light the two elements of the Québécois lesion: (i) exploitation of one party by the other<sup>117</sup> and (ii) the disproportion between performances. In regard to persons of full age it is not easy to find examples of lesion in the Q.C.C. The texts that purport to accept it are technically debatable; it is so for arts. 424 and 472 (which establish situations of renunciations at rights, and are completely incompatible with art. 1406 (1));<sup>118</sup> on the other hand, art. 2332 is more appropriate for the doctrine of usury, than for that of lesion. Nonetheless, outside the code, one encounters arts. 8-9 of the Law on Consumer's Protection.<sup>119</sup> The texts give life to lesion in favor of a person of full age who is a consumer. Of course, two pre-requisites must be met: (i) disproportion between obligations and (ii) exploitation of the consumer. In one case,<sup>120</sup> though there was disproportion in a contract of exchange, the court found that the consumer was not exploited by the professional; as such, the consumer's claim was rejected.

For minors and persons of full age under protection the same pre-requisites are necessary: (i) exploitation and (ii) disproportion.<sup>121</sup> Before discussing these two elements, it must be understood that things are quite delicate in their situation. Often, there is no need for lesion, since those categories of persons can obtain the destruction of the contract on grounds of incapacity. For instance, if the minor sells an immovable he can obtain the nullity by pointing out his incapacity,<sup>122</sup> without any necessity to discuss lesion (that is, to show that the price was too low). Similarly, a person of full age under curatorship can claim nullity by reasons of incapacity, regardless of lesion (Q.C.C. art. 283).<sup>123</sup> There are, of course, instances when these two types of natural persons may claim lesion. The being's demands are analyzed more gently in such cases. Minors and protected persons of full age (*e.g.*, persons of full age under tutorship or curatorship) are in a weak state generated by their condition itself (that is, by their minority, respectively their mental shape or other troubles);<sup>124</sup> they are always susceptible of

being exploited. Q.C.C. art. 157 states that a minor can enter alone into a contract to meet his ordinary and usual needs. Thus, a minor who buys a scooter in order to travel<sup>125</sup> is within the terms of art. 157. Let us assume that another youngster buys similar means of traveling for the very same purpose. He agrees to pay a just price for it. However, his patrimonial situation is a disastrous one, and, in fact, he cannot afford the scooter. In this hypothetical he may not claim nullity for reasons of incapacity, because he can make the agreement (see Q.C.C. art. 157). Nevertheless, he is able to invoke lesion, because, in regard to his patrimony, there is an imbalance. In this sense, the requirement represented by disproportion is tempered: usually, one is not allowed to observe a lack of equilibrium when the amounts of obligations match; things are different when a minor or a person of full age under protection is involved (under circumstances such as these, the idea of disproportion is indulgently analyzed).

Québec provides certain remedies when lesion is encountered: relative nullity, damages or the reduction of the obligation (Q.C.C. art. 1407); relative nullity and damages can form a couple.<sup>126</sup> The victim has the choice between these various options.<sup>127</sup> However, if the victim elects nullity, the contractual partner can very well avoid it,<sup>128</sup> by offering a reduction of his personal right<sup>129</sup> or an equitable pecuniary supplement (art. 1408). The rule contained in art. 1408 is novel<sup>130</sup> and it is meant to favor the stability of contracts.<sup>131</sup> Another attempt to encourage the survival of the contractual relationship is art. 1407 *in fine*: if lesion's victim prefers that the contract be maintained, he can apply for a reduction of his obligation equivalent to the damages he would be justified in claiming.<sup>132</sup>

## 8. Lesion – a Louisianian entity.

Arts. 1965, 814, 2589-2600, and 2663 of the Louisiana Civil Code deal with lesion.<sup>133</sup> Art. 1965 is of great importance, because it shows when lesion can be invoked, and its place in the Code also offers some indicia on lesion's nature; as such, this text is to be mentioned first when one discusses lesion. Art. 814 underlines that a contract of partition may be rescinded on grounds of lesion. Arts. 2589-2600 open the avenue for lesion in a contract of sale of immovables. Art. 2663 informs us that a contract of exchange that involves a corporeal immovable may also be targeted by lesion.

Professor Litvinoff underlined that the Louisiana courts have always preferred to treat lesion in an objective fashion.<sup>134</sup> Is this statement acceptable? At least one decision suggests a negative answer; a court has ranged lesion among vices of consent,<sup>135</sup> and that appears to be consistent with Louisiana Civil Code<sup>136</sup> art. 1965.<sup>137</sup> The moment one says that lesion is a vice of consent, any trace of the objective conception must be set aside (perhaps his inability to understand this is what makes Litvinoff claim that Louisianian courts embraced the objective view on lesion); according to this approach, lesion has nothing to do with a defect of consent.<sup>138</sup> Be that as it may, Litvinoff teaches us that, in Louisiana, in spite of its place in the code, lesion differs from the three traditional vices of consent, and is connected to public policy.<sup>139</sup> To me, that sounds like a plea in favor of the idea that lesion is something else than a vice of consent.

In Louisiana, lesion's scope is a restricted one.<sup>140</sup> The entity spreads to a few contracts and to a limited number of persons;<sup>141</sup> it seems that the 1984 revision has not

changed the law of lesion in a significant manner.<sup>142</sup> Nonetheless, the lack of appreciable change does not mean the absence of any modification. La. Civ. C. art. 1864 (1870) provided that minors can claim simple lesion in every species of contract.<sup>143</sup> However, this text and others that were referring to lesion in the case of minors were eliminated by the 1984 revision;<sup>144</sup> La. Civ. C. art. 1866 (1870) provided that minors do not need to claim lesion, since they are able to invoke their incapacity, and, as such, the texts on lesion seemed redundant.<sup>145</sup> Today, minors can simply avail themselves of their incapacity (La. Civ. C. arts. 1918-1919); the presence of lesion is not necessary in their case. The same seems to be true for interdicts, if we keep in mind the adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, when we read La. Civ. C. art. 1919.

Louisiana accepts lesion in three situations, all of them involving persons of full age and not placed under protection: (i) sale of immovables; (ii) exchange, when an immovable is involved; and (iii) partition.

La. Civ. C. art. 2589 opens the avenue to lesion in a contract of sale of corporeal immovables. Only the seller of such an immovable<sup>146</sup> can claim lesion, because it was believed that need may force a person to sell, but never to buy;<sup>147</sup> thus, the buyer's complaints are not to be heard.<sup>148</sup> The disproportion between the value of the immovable and the price must have an amount of more than  $\frac{1}{2}$ ; that is, the price is inferior to more than  $\frac{1}{2}$  of the value of the immovable (La. Civ. C. art. 2589). The worth of the immovable is its fair market value<sup>149</sup> at the time the sale was made.<sup>150</sup>

The contract of exchange is also subjected to lesion (La. Civ. C. art. 2663).<sup>151</sup> Similar to a contract of sale, the disproportion between the value of the immovable and the thing obtained in return must be of more than  $\frac{1}{2}$ . To put it differently, the contractual partner transfers an immovable and he receives property worth less than  $\frac{1}{2}$  of the value of the immovable.<sup>152</sup> Furthermore, the convention of exchange is governed by the rules of sales (La. Civ. C. art. 2664);<sup>153</sup> as such, the value of the immovable exchanged must be analyzed at the moment the contract was made.

An extra-judicial partition (*i.e.*, contract of partition<sup>154</sup>) may be rescinded on account of lesion, if there is a disproportion of  $\frac{1}{4}$ ; in other words, the part received by a co-owner is less by more than  $\frac{1}{4}$  of the fair market value of the portion he should have gotten (La. Civ. C. art. 814). The explanation for accepting lesion in this type of convention is this: partition is an "*acte égalitaire*";<sup>155</sup> thus, every contractual partner must receive what is due to him, and no less.<sup>156</sup> In the context of this contract, lesion is established by looking at the value of the thing at the moment the convention was made.<sup>157</sup>

According to the texts of the La. Civ. C., lesion's imperative requisite is this: the mathematical imbalance indicated by the law;<sup>158</sup> that is,  $\frac{1}{4}$  in the case of an extra-judicial partition (La. Civ. C. art. 814), and  $\frac{1}{2}$ , if the contract under consideration is a sale of immovables (La. Civ. C. art. 2589) or an exchange (La. Civ. C. art. 2663).

When lesion is shown there are a few remedies at hand: (i) rescission<sup>159</sup> is the one primarily mentioned by the texts (La. Civ. C. arts. 814, 2589 and 2663); (ii) in case of a sale, the buyer has the possibility to avoid the death of the contract by offering a supplement (La. Civ. C. art. 2591).<sup>160</sup> This supplement could be seen as another tool that materializes when lesion is detected; there is no good reason for not accepting it when an

exchange is involved; La. Civ. C. art. 2664 invites us to embrace it. La. Civ. C. art. 2591 could be applied *mutatis mutandis* to a contract of exchange: let us assume that A gives to B a tract of land that is worth \$500,000, and the former receives a Mercedes that has a value of \$230,000. What in the world would stand in the way of B's possibility to save the convention by paying \$270,000 to A (*i.e.*, the difference between the value of the Mercedes and that of the immovable)?

### 9. French, Québécois and Louisianian lesions compared.

The nature of lesion can be characterized as controversial in these three legal systems; one could believe that in regard to this issue, the three legal systems present similarities, in the sense that controversy is felt in all of them. The French authors are divided on the subject. There seem to be two extremes and a midway. For some, lesion is a vice of consent,<sup>161</sup> whereas for others it is not such a vice.<sup>162</sup> Carbonnier takes the middle ground: the entity is a vice of consent when a minor or a person of full age under protection is involved,<sup>163</sup> and it is an objective element when it is recognized in favor of a person of legal age.<sup>164</sup> The French jurisprudence regards lesion as an objective entity, at least when persons of full age claim it.<sup>165</sup>

In Québec, there are scholars who underline that lesion is a vice of consent, distinct of the other three (error, fraud and duress);<sup>166</sup> however, the same authors add that both the subjective and objective conceptions were avoided.<sup>167</sup> The two statements might appear quite strange and contradictory to a French jurist, because the instant lesion is seen as a vice of consent, it must be admitted that the subjective approach prevails.<sup>168</sup> As far as the Québécois legislator was concerned, one might be tempted to think that its preference was expressed in the sense that lesion is a vice of consent; Q.C.C. art. 1399 (2) states that "*it [consent] may be vitiated by error, fear or lesion*".

Louisianian lesion is more akin to public policy, according to the legal literature;<sup>169</sup> it would seem that the being is not connected to vices of consent, despite of what the argument *pro subjecta materia* would suggest. On the other hand, there are some court decisions that clearly link lesion to consent.<sup>170</sup>

Regardless of this curious state of things, all the legal systems under analysis point out the limited field of lesion:<sup>171</sup> only certain persons can claim lesion, and but some contracts are affected by it. Persons of full age who are not under protection are allowed to invoke lesion in some juridical acts: (i) sale of immovables and partition (France and Louisiana; when the former contract is taken into consideration, it must be noted that there are differences between the amount of the disproportion; *see supra.* nos 6 and 8); (ii) exchange (Louisiana); (iii) some types of renunciations (Québec), though the solution is technically doubtful (*supra.* no 7); (iv) sale of agricultural fertilizers, seeds, plants, and substances destined to feed farm animals (France); (v) assignment of the rights to exploit an intellectual creation (France); (vi) contract of maritime assistance (France); (vii) contracts between professionals and consumers (Québec); (viii) loan of money (Québec), a solution which raises doubts (*supra.* no 7). In regard to minors and persons of legal age under protection, there is a curious interplay between lesion and capacity; it is so, at least

in France and Québec. To take only the situation of minors, sometimes they do not need lesion, because their incapacity is sufficient to destroy the contract.<sup>172</sup> In Louisiana, it seems that persons who do not enjoy full capacity may use its lack in order to set aside the juridical act; lesion is excluded.<sup>173</sup>

Lesion's requisites seem to vary within the legal systems that are placed under the magnifying glass; in reality, this is not of major consequence in regard to what the victim of lesion must prove. Let us take the example of persons of full age. In France the only requirement is the disproportion established by law (e.g., more than 7/12). In Québec the pre-requisites are the exploitation and the disproportion (it seems that in this legal system the law does not indicate the amount of imbalance, as it happens in France and Louisiana; the mathematical disproportion must be "*important*"). In regard to Louisiana, one must proceed with caution: according to Litvinoff, lesion is an objective<sup>174</sup> aspect, and disproportion is its only element; some decisions<sup>175</sup> link it to consent, and disproportion must be accompanied by an error.

All these legal systems require from the persons who are complaining of lesion to prove one thing: the disproportion (indicated by the law, respectively the important imbalance). In France the accuracy of the statement is obvious: lesion's only requirement is the disproportion;<sup>176</sup> it follows that the burden of proof is limited to it. In Québec, one must show the important disproportion, and the law does the rest: it presumes the exploitation (Q.C.C. art. 1406).<sup>177</sup> As to Louisiana, "*the only issue of fact to be determined ...*" is the imbalance.<sup>178</sup>

France, Québec, and Louisiana offer a few remedies in case of lesion. Rescission or relative nullity is one of them (*supra.* nos 6-8).<sup>179</sup> In Québec, sometimes, the former remedy forms a couple with damages (*supra.* no 7). Another remedy, common to all three jurisdictions, is the supplement (*see e.g.* F.C.C. art. 1681; Q.C.C. art. 1408; La. Civ. C. art. 2591). Reduction of the obligations is the cure allowed especially in France and Québec (*supra.* nos 6-7). In regard to France, reduction of obligations and damages may hold hands (*supra.* no 6). One is permitted to classify these remedies in two broad categories: (i) remedies that destroy the contract (rescission); (ii) cures that allow the contract to survive, in an altered form (supplement and reduction of the obligations). The latter category might very well receive the following name: alteration of the contract.

## **10. Lesion's foundation and concepts that might serve to explain it. Lesion and consent.**

Some believe that lesion is a reflection of commutative justice.<sup>180</sup> Furthermore, there is a conviction that lesion's foundation is to be found in morality.<sup>181</sup>

Before indicating the tension between commutative justice and freedom of contracts, respectively the preference of the F.C.C., Q.C.C. and the La. Civ. C. for the latter, it is desirable to briefly discuss such concepts as commutative justice and morality.

Commutative justice (which appears synonymous to corrective or reparatory justice)<sup>182</sup> directly concerns the law of contracts.<sup>183</sup> This type of justice can be traced to Aristotle's *Nicomachean Ethics* and consists in establishing balance between two persons.<sup>184</sup> We are indeed in the presence of an arithmetic justice,<sup>185</sup> the aim being to assure, as much as possible, a mathematical equality.<sup>186</sup>



Morality, on the other hand, is that concept which characterizes the individual behavior or the behavior of society in terms of right or wrong;<sup>187</sup> the former can be called individual morality, whereas the latter is public morality.<sup>188</sup> Of course, lesion should be looked at through the eyes of individual morality, because it appears in contracts, that is, in a context where the wills of individuals tend to unite.

Commutative justice and morality can be seen as concepts that are interpenetrated (in the sense that the equality desired by commutative justice is also demanded by morality; equality is right);<sup>189</sup> as such, both of them are in the same place: at the basis of lesion.

However, commutative justice, and, in the end, lesion (which is based on this kind of justice) encounters a foe:<sup>190</sup> freedom of contracts,<sup>191</sup> or security, or stability of conventions. Freedom of contracts means, among others, that the parties are free to determine the content of their convention;<sup>192</sup> the contractual partners may establish what their obligations are.<sup>193</sup> Freedom of contracts, their security and stability impose the following idea: the convention, fruit of the united wills of the contractual partners, must not be tempered with, must not be touched or altered.

Thus, one may see the tension between lesion and freedom of contracts: the former (predicated on commutative justice) wishes equality and the alteration of the imbalanced contract; the latter desires that the convention remains as it was settled, regardless of everything else.

Which one of these two forces was preferred within the analyzed legal systems? Prior to answering the question, though the response was anticipated above, it must be said that "*the value of consent may be advanced under the banner of freedom of contract at the expense of substantive equality ...*".<sup>194</sup> To put it in other words, freedom of contract may be privileged in comparison to equality. However, "*other times equitable contract values will work to restrict unfettered freedom of contract*".<sup>195</sup> This means that a second avenue is opened: equitable contract, that is, equality in conventions<sup>196</sup> may prevail over contractual freedom.

The Romans believed in freedom of contract, but they also made room for *laesio enormis*<sup>197</sup> (a doctrine based on equity<sup>198</sup>). However, the mechanism was limited to sales of land. This indicates that in Rome freedom of contract prevailed over lesion and its basis (*i.e.*, equity or equality).

The Middle Ages brought a change of perspective, and favored equality. Fairness in the exchange was the governing idea of contract, and theology.<sup>199</sup> Saying that fairness was the ruling entity is the same with claiming that equality dominated; after all, the contract was fair if both partners gained from it equally; equality's presence is to be observed clearly.<sup>200</sup> No wonder then that the Canonists expanded the theory of lesion.<sup>201</sup> The mechanism was based on concepts that promoted equality and was apt to effectively achieve equality in contracts.

The 19th century was the time when freedom of contract has risen,<sup>202</sup> one might add, again. That was exactly the period when the F.C.C. and the La. Civ. C.<sup>203</sup> were enacted. As such, there is no surprise that the two Civil Codes were influenced by freedom of contract, and that, in their eyes, contractual freedom must prevail. The French doctrine, at least, points out that freedom of contract is the first principle that governs the law of conventions.<sup>204</sup> In regard to the Q.C.C., this normative act does not break its connection

with the past, that is, with the Civil Code of Lower Canada of 1866.<sup>205</sup> Since the Q.C.C. maintains its connection to the Civil Code of 1866, it is only reasonable to suspect that the former favors the same concept as the latter did: contractual freedom.<sup>206</sup> Briefly, the three Civil Codes were more attracted by contractual freedom rather than the opposite force (*i.e.*, lesion, based on commutative justice and morality, that is, on concepts that promote equality); it was so because of the epoch that influenced them. Still, there is another reason why contractual freedom prevailed, and not lesion. In regard to the F.C.C., if we read the discourse of the ones who participated at its drafting, we will understand the essential influence of Roman Law.<sup>207</sup> In the measure that we are concerned with the La. Civ. C., we will observe that it was called "... perhaps, the most Romanist civil code ever enacted ...".<sup>208</sup> We can easily notice that the two Civil Codes placed great emphasis on Roman Law, and, just like it, gave preference to contractual freedom, not to the doctrine of lesion.

It is necessary to say this: lesion is based on commutative justice and morality (*i.e.*, on concepts that promote equality). However, it has a foe called contractual freedom. This enemy desires that the contract remains untouched, whereas lesion, as ordered by the concepts underlying it, wishes that the contract is touched to assure equilibrium (or equality, even if it is not an absolute one). Contractual freedom, lesion's adversary, was given satisfaction by France, Québec, and Louisiana. Thus, lesion has a limited scope (*supra*. nos 6-9). Although lesion's field of application is restricted, there are a few fights in which it triumphs. After all, "*unlimited freedom of contract collapses into anti-competitive realms of superior bargaining powers*".<sup>209</sup> That is to say that a complete contractual freedom would favor the most powerful, and leave the weaker party at his mercy. However, the law, sometimes, is concerned with the weaker party. As such, the legal systems under scrutiny make way to lesion because of the inferiority of one of the contractual partners; it is so, for instance, in France and Québec, in the case of persons of full age under protection or in that of minors.<sup>210</sup> Furthermore, the same desire to protect what the legislator believes to be the inferior contractual partner might justify the existence of lesion in contracts made by consumers (*see e.g.* arts. 8-9 of the Québécois Law on Consumer's Protection).

In relation to sales of immovables, at least today, one might think that lesion protects sellers against speculators who do business in the domain of real estate.<sup>211</sup> Now that I have mentioned the sale of immovables, some aspects should be clarified in regard to the French lesion. In one case, that involved such a sale, the Court of Cassation said that "... *la lésion légalement constatée est par elle-même et à elle seule une cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance*" (lesion, legally observed, is by itself a reason of rescission, independently of circumstances that might have accompanied it or gave birth to it).<sup>212</sup> This decision reflects the fact that the French judges embraced the objective conception in regard to lesion.<sup>213</sup> This means that, in the eyes of the French Supreme Court, lesion in the case of persons of full age is disconnected from consent; the objective conception signifies exactly that: lesion is not linked to consent (*see supra* no 5). One might very well disapprove of this decision and of the objective conception, because they create a discrepancy between what *the law of lesion is* sometimes (*i.e.*, lesion does not protect consent) and what *the law of lesion ought to be* (*i.e.*, lesion should always be linked to consent and protect it). First, the Roman *laesio*

*enormis* was clearly linked to the protection of consent. The Constitution of Diocletian that allowed lesion in a sale of immovables, in favor of the seller, was meant to protect the small owners;<sup>214</sup> these persons, due to taxes, were forced into selling their property to *potentes* (i.e., great owners) for derisory prices.<sup>215</sup> Second, the drafters of the French Civil Code saw lesion as a vice of consent,<sup>216</sup> that is, as an institution linked to consent and meant to protect it. Exactly because lesion was considered as a vice of consent by those drafters, it was allowed only in favor of the seller of an immovable; a person might be constrained to sell due to his need for money, but one could hardly imagine that a person could be constrained into buying an immovable.<sup>217</sup> Thus, we may observe that lesion was meant to protect consent, all the time, exactly how it always ought to. Nonetheless, the French Court of Cassation did not see things this way and perverted lesion, despite the fact that it could have proceeded differently: the Supreme Court could have maintained the link between lesion and consent, just like some Louisianian courts did. The latter, in regard to a sale of immovable, underlined that “*the law presumes juris et de jure that he who sells an immovable for less than half its value is acting under an error of fact sufficient to invalidate the sale*”.<sup>218</sup> This reasoning could have been adopted, *mutatis mutandis*, by the French Court of Cassation, and the bond between lesion and consent would not have been broken. Nonetheless, that bond was broken by the French Supreme Court: at times, lesion and consent seem to be a divorced couple.<sup>219</sup> In other words, as I already said, the Court of Cassation built a discrepancy between *how the law of lesion is* at times (in some situations, lesion does not protect consent) and *how the law of lesion ought to be* (lesion should always concern itself with consent). Needless to say that it is extremely difficult to explain in a rational and non-contradictory manner a type of lesion that has nothing to do with consent. Even great authors encounter difficulties, and their ideas seem contradictory. For instance, in regard to sales of immovables, one author says that “*bien que la doctrine classique ait souvent été tentée de voir dans la lésion un vice du consentement présumé ... ce n'est pas là le fondement des textes ...; c'est en réalité un tradition historique ...*”<sup>220</sup> (though the classic doctrine was often tempted to see, in regard to lesion, a presumed vice of consent, that is not the foundation of the texts; in reality, what is involved is a historical tradition). In other words, this first idea might be understood in the sense that lesion is not connected to consent, but with a historical tradition. Nonetheless, the same author, at the same page and section says that “*... le maintien des textes s'explique cependant par l'idée qu'ils forment malgré tout une limite à des déséquilibres contractuels trop criants profitant généralement à des spéculateurs immobiliers abusant de l'ignorance de vendeurs particuliers*”<sup>221</sup> (the existence of the texts is explained by the idea that they form a limit to great contractual imbalances that profit to speculators who abuse of the sellers' ignorance). This second idea contradicts the first one, because it connects lesion to sellers' consent; these sellers were ignorant, and lesion comes to protect their troubled consent.

Briefly, lesion, based on commutative justice and morality, does fight the initial contractual imbalance, and desires to touch the contract in order to assure equilibrium; furthermore, lesion, usually, takes care of consent, and when it does not, reason imposes that it ought to. Lesion, in the objective conception, is an unfortunate incident, and the law of lesion (how it actually is at times) creates contradiction within the spirit of the researcher (this is shown by the writings of Alain Bénabent).

### Part III. Unconscionability and Lesion Compared

#### 11. The “rule of thumb” – irrelevance of adequacy of values exchanged.

Consideration is the basis of enforcement of a promise.<sup>222</sup> The elementary principle underlined by important authors is that no inquiry into the adequacy of consideration will take place.<sup>223</sup> At least three aspects can constitute the explanation of the general rule. First, consideration is connected to enforceability; it is not a device for policing contracts in order to make sure that they are fair to both parties.<sup>224</sup> Second, contractual partners are free to do what they desire: they make their own contracts, agree upon their own exchange, and fix their own values.<sup>225</sup> Third, a certain flavor of policy may be detected: after announcing the well settled rule, a court adds that *“absolute equality is not to be hoped for, and is seldom attained in men's dealings one with the other; nor is consideration to be measured in terms of dollars and cents alone; convenience, avoidance of troublesome details and efforts are proper elements”*.<sup>226</sup> In my view, the observation that consideration is not to be measured only in terms of money, indicates that the courts must restrain themselves from the following task: establishing the equality in an agreement; it is simply impracticable for them to do so, when one takes into account the kind of values that might be included in the concept of consideration.

The above mentioned principle has governed cases whose number amounts to legions.<sup>227</sup> On numerous occasions the courts indicated that they do not inquire into the adequacy of consideration,<sup>228</sup> or that this doctrine *“... does not require or imply an equal exchange between the contracting parties”*.<sup>229</sup>

Of course, as it happens with most principles, some exceptions must be acknowledged. One of these derogations bears the name of unconscionability.<sup>230</sup>

#### 12. Unconscionability presented.

We are told by Black's Law Dictionary that a contract or agreement is unconscionable when *“no promisor with any sense, and not under a delusion, would make [it], and that no honest and fair promisee would accept [it]”*.<sup>231</sup> First of all, it must be said that this definition may be traced back to an English case: *Earl of Chesterfield v. Janssen*. The decision was cited by the United States Supreme Court, in *Hume v. United States*.<sup>232</sup> Briefly, Black's Law Dictionary's understanding of unconscionability was borrowed from cases; even so, the definition seems incomplete. As it can be seen, it mentions nothing about disproportion, nor about the moment when the disparity must occur. However, this does not mean that one cannot find the information he needs about those two aspects. Any curious person can obtain this data by looking at § 208 of the Restatement (Second) of Contracts and its Comments.<sup>233</sup> Only then he or she will apprehend that a disparity is imperative, and it must appear when the contract is formed.

The nature of unconscionability revolves around Equity;<sup>234</sup> in other words, this is an equitable issue.<sup>235</sup>

Unconscionability's scope encompasses transactions regarding goods; the doctrine is to be noticed in § 2-302 of the Uniform Commercial Code.<sup>236</sup> More specifically, the creature discussed here relates to sales of personal property; the consequence is generated by § 2-302's place in the UCC. However, the courts admitted that § 2-302's unconscionability may go beyond the domain indicated by the UCC's text.<sup>237</sup> Furthermore, this being was expanded to all sorts of agreements by §208 of the Restatement (Second) of Contracts.<sup>238</sup> Still other uniform laws are familiar to the concept of unconscionability; among these the following may be enumerated: (i) the Uniform Consumer Credit Code § 5.108 (1974);<sup>239</sup> (ii) the Uniform Consumer Sales Practices Act § 4 (1970);<sup>240</sup> (iii) the Uniform Land Transactions Act § 1-311 (1975);<sup>241</sup> (iv) the Uniform Residential Landlord and Tenant Act § 1.303 (1972).<sup>242</sup>

Unconscionability's most important prerequisites, at least under § 2-302 of the UCC, seem to be these ones: (i) imbalance and (ii) exploitation of the contractual partner. At least one case appears to support such a view. In *Jones v. Star Credit Corp.*,<sup>243</sup> the court held that a contract of sale was unconscionable: a freezer unit that was worth \$300 was sold for \$900 (the final amount that was to be paid by the buyers went as high as \$1,439.69, because other charges were included). Furthermore, the court added that "... *the value disparity itself leads inevitably to the felt conclusion that knowing advantage was taken of the plaintiffs*".<sup>244</sup> The latter part of the previous citation is quite enlightening: the plaintiff was exploited.

One might be tempted to argue that the same preconditions must be observed under the Restatement (Second) of Contracts and all the uniform laws mentioned above. The former's provision on unconscionability was patterned after the UCC's;<sup>245</sup> as such, it would be only natural to think that the same conditions are required. The Uniform Residential Landlord and Tenant Act § 1.303 was adapted from the UCC;<sup>246</sup> thus, its requirements should be similar to those of the UCC's provision. As to the rest of the uniform laws, the presence of exploitation is acknowledged by the texts themselves;<sup>247</sup> however, it would seem that an additional number of elements must also be analyzed.

When unconscionability is observed the court may provide a few remedies such as (i) denial of enforcement of the contract, (ii) elimination of the offending clause, or (iii) limitation of the applicability of the contractual provision.<sup>248</sup>

### **13. Lesion and unconscionability face to face.**

From the very beginning it must be grasped that both beings are embraced rather exceptionally. In France, Québec, and Louisiana lesion is usually defeated by the imperatives represented by conventional liberty and the security of transactions. To some degree,<sup>249</sup> freedom of contract<sup>250</sup> is the reason why unconscionability is a derogation.<sup>251</sup> Though the latter doctrine was sometimes expanded by the courts, and the drafters of the Restatement Second introduced it in that project, unconscionability still remains rare. It is so, because of its nature as an equitable remedy; this type of remedy is discretionary;<sup>252</sup> therefore, it is not reasonable to think that, in general, courts will use their discretion to defeat the rule according to which inequality of the exchange is irrelevant; after all, this principle is almost as old as the doctrine of consideration,<sup>253</sup> and the courts within the Common Law tradition are not famous for their willingness to set aside the products of history.

As to the nature of the two entities, one might think that they are quite different: unconscionability is connected to Equity, as opposed to common law. This distinction is ignored in civilian jurisdictions,<sup>254</sup> and even in a mixed one as Louisiana,<sup>255</sup> lesion cannot be chained to such an aspect.

The scope of the two spectres is similar, at least in regard to some contracts. For instance, both lesion and unconscionability may be used when a contract involves a consumer (see e.g. Uniform Consumer Credit Code § 5.108 – U.S.; arts. 8-9 of the Law on Consumer's Protection - Québec). On the other hand, the "codal French and Louisianian lesions"<sup>256</sup> could not have appeared in a situation as that which occurred in *Jones v. Star Credit Corp.* (see *supra*. no 12).

The structure of lesion and unconscionability is characterized by both similarity and difference. Their composition is the same if one has in mind the requirement of imbalance. Nonetheless, we must not forget that, in France and Louisiana, the amount of the mathematical imbalance is highlighted by legislation (see e.g. the case of the contract of sale). The bulk of the disproportion is not indicated by legislation, in regard to the Québécois lesion, nor as far as U.S.'s unconscionability is concerned. The exploitation requirement is a component of Québec's lesion, but it has nothing to do with France's lesion (at least not when persons of full age are in question). Unconscionability also seems to be opened to the condition called "exploitation"; however, the courts may take into account a group of additional<sup>257</sup> elements when they try to determine if unconscionability has shown itself.

The remedies can be seen as similar, if one meditates in broad terms. Lesion and unconscionability may kill the contract. Rescission and the court's possibility not to enforce the agreement generate such an effect. Let us assume that in a civilian jurisdiction, after the contract was made and before the parties perform their obligations, the court pronounces the rescission. In such a case the contract is dead. In a common law jurisdiction an unconscionable contract that the court refuses to enforce has the same faith. On the other hand, a civilian court can alter the contract on account of lesion (*supra*. no 9). A common law counterpart may reach the same result: *Jones v. Star Credit Corp.* illustrates it quite nicely.<sup>258</sup>

The one who has in mind their nature, might say that lesion and unconscionability are somehow different mechanisms. Nonetheless, they are functional equivalents. Both aim at the same problem (i.e., protection of consent<sup>259</sup> and the originary contractual imbalance), and, generally, solve it in a similar manner. Furthermore, one author observed that "*Anglo-American common law can be seen as firmly planted upon Aristotle's notion of corrective justice*" (I have indicated above that corrective justice is also named commutative justice; see *supra* no 10).<sup>260</sup> Thus, unconscionability, part of the American Common Law, rests on commutative justice, exactly like lesion.

#### **Part IV. Lesion and other Functional Equivalents**

##### **14. Enumeration of lesion's functional equivalents.**

Lesion's functional equivalents that I have identified are the following:<sup>261</sup> (i) *actio aestimatoria (quantis minoris)*; (ii) the vices of consent (error, fraud, and duress); (iii) capacity;

(iv) objective cause; (v) abusive clauses; (vi) usury; (vii) leonine clauses; (viii) the false recital of consideration; (ix) the penal clause; and (x) *lex commissoria* regarding real securities.

In the following paragraphs, each of the above mentioned techniques will be briefly explained; their elucidation shall be accompanied by examples illustrating that they are functionally equivalent to lesion.

### **15. *Actio aestimatoria* or *quantis minoris*.**

This kind of action belongs to the purchaser of a thing affected by hidden vices or defects,<sup>262</sup> and who desires the reduction of the price.<sup>263</sup> The defect must exist when the contract of sale is formed.<sup>264</sup> *Actio aestimatoria* works in the following manner: the buyer acquires a thing that is affected by a hidden vice. Despite the defect, the good still conserves some utility for the purchaser.<sup>265</sup> The trouble is that the contractual partner paid a price that was too high, and that he would not have offered to the seller if he had known<sup>266</sup> the vice (*see* F.C.C. art. 1641, Q.C.C. art. 1726, and La. Civ. C. art. 2520 (3)). In other words, there is an imbalance: the purchaser gives too much, and the seller transfers too little (*i.e.*, a thing not completely useful). Also, there is a problem with consent: the buyer's will was affected, because he was not aware of the state of the purchased thing. Under these circumstances, the acquirer may obtain the reduction of his obligation.

One can easily notice that lesion and *actio aestimatoria* are functional equivalents, at least to some extent. Both aim at the same problem: troubled consent and an originary imbalance (that is, a disproportion between obligations that existed when the contract was made; as pointed out, the hidden vice is present when the sale is perfected). Furthermore, to some degree, both achieve the same result: the reduction of the obligation (or the alteration of the contract).

### **16. The vices of consent (error, fraud, and duress).**

Error may be understood as an inexact representation of reality.<sup>267</sup> Not every type of false representation has importance.<sup>268</sup> For example, the error on the value of the contractual object is usually of no consequence.<sup>269</sup> However, things are different if the error regarding the value is generated by an inaccurate representation of the substantial qualities of the contractual object.<sup>270</sup> Let us assume that a person buys a luxurious residence, which does not have a panorama.<sup>271</sup> He pays a colossal price for what he considers his new home. Furthermore, let us imagine that the panorama was a substantial quality of the immovable for the *errans*,<sup>272</sup> and that the seller should have known of this. Under these facts, the buyer might claim error and obtain the relative nullity of the contract; the purchaser may be unsatisfied by the superior price he paid as a result of his wrong belief regarding the qualities of the thing. One may very well notice how lesion and error are, sometimes, functional equivalents; in both cases, there are a problem of consent and a primordial disproportion between obligations (*errans* may have paid too much for something that, in reality, was worth less from the very moment the contract was formed). Though the purchaser may not use lesion in order to destroy the contract and set aside the disparity, he has another tool that achieves a very similar result: error.

Fraud may be seen as an error provoked by deceit.<sup>273</sup> This type of error, even if it concerns the value of the object,<sup>274</sup> can bring with it the relative nullity or the revision of the contract.<sup>275</sup> Let us suppose that a person desires to buy a car. He seeks a professional seller, who, in the end, appears to be ruthless. The vendor takes one of his many cars and hides all its extraordinary imperfections by giving it a complete facelift. Furthermore, he tells the buyer that the car is in perfect shape, and he shows him a fake certificate that proves his words. The seller assures his partner that the car is worth \$10,000, although its true value is \$4,000. The purchaser pays the former sum; later he discovers the deceit. Assuming that the buyer wants to keep the car, he may very well request damages in value of \$6,000, on grounds of fraud.<sup>276</sup> By doing so, he sets aside the contractual imbalance; he equilibrates the convention.<sup>277</sup> Needless to say that lesion and fraud can be considered functional equivalents: in both cases, the problem is represented by a troubled consent and the primordial imbalance; these institutions have the aptitude to reach a similar result, that is, contractual equilibrium.

Duress was defined as a threat that generates a feeling of fear in the spirit of the contractual partner.<sup>278</sup> This threat may consist in an intimidation with a physical or moral harm;<sup>279</sup> it is also possible to be targeted at the contractual partner's loved ones.<sup>280</sup> The elements taken into consideration in order to establish the fear are age, intellectual development, and, generally, the condition of the party.<sup>281</sup> Imagining an example is no difficult task: the seller threatens the buyer's wife that he will divulge her sexual fetish, if the purchaser does not agree to acquire the former's house for \$2 million dollars. Although the value of the immovable is \$1 million dollars and the purchaser would have been willing to pay that price, he accepts to give its double. Assuming that, after some time, the buyer leaves his wife, and his state of fear is gone, he may demand damages represented by the difference between the price and the true value of the thing. I believe that it is quite understandable how lesion and duress are functional equivalents, on some occasions: they submit to attack the same problem (*i.e.*, the "diseased" consent and the primordial imbalance between the obligations); also, the same result is achieved (in case of lesion it is possible to obtain the reduction of the obligations; the above hypothetical generates a similar solution: by receiving damages in amount of \$1 million dollars, the situation presents itself as if the purchase price was "cut" in half).

### **17. Capacity to make juridical acts.**

The legal literature teaches us that capacity represents the rule.<sup>282</sup> However, exceptions do exist. Certain categories are touched by an incapacity to make juridical acts; it is so for minors and persons of full age under protection.<sup>283</sup> The incapacity to make juridical acts brings with it relative nullity<sup>284</sup>, as a rule. Let us assume that a person of full age mentally diseased makes a contract of sale.<sup>285</sup> He or she "agrees" to transfer an immovable that is worth \$50,000 for a price of \$20,000. Under these circumstances, it is possible for the sale to be annulled on grounds of the seller's incapacity. Of course, the troubled consent and the originary imbalance cannot escape us; also, the disproportion is cured with the help of relative nullity. As such, one can apprehend that lesion and capacity to make juridical acts are functional equivalents, at some moments: both concentrate on the same problem (*i.e.*, a problematic consent and a primordial imbalance) and reach similar results (*i.e.*, the death of the contract).



## 18. Objective cause.<sup>286</sup>

I am concerned here with the objective reason which determined every party to make the contract.<sup>287</sup> This cause is unchangeable in the same type of juridical act,<sup>288</sup> regardless of the person. For instance, in a sale, regardless of the person who has the quality of vendor, the objective reason for making the contract is always the same: the receipt of the purchase price.<sup>289</sup> The absence of objective cause, according to modern theory, is punished by relative nullity.<sup>290</sup> The fact that lesion and objective cause are, at times, functional equivalents is proven by the following idea: the absence of the latter is seen as a lesion in amount of 100%.<sup>291</sup> Let us imagine then in a sale the vendor's objective cause (*i.e.*, the price) is missing, and no desire to make a liberality (*i.e.*, a gift or donation) can be noticed; the absence of the price may hide a troubled consent (*e.g.*, the seller was the buyer's employee and the former was afraid to refuse the contract because he believed he might lose his job). The problematic consent and the originary imbalance seem obvious: the seller's mind is not free and he has the obligation to transfer the thing, whereas the other party has no duty. Under those circumstances, the transferor of the thing may request the relative nullity of the convention. Here, too, one notices the functional equivalence between objective cause and lesion: the problem is the same (*i.e.*, affected consent and imbalance), and the result is also similar (*i.e.*, assassination of the contract).

## 19. Abusive clauses.

A clause is abusive when it creates a significant imbalance between the rights and obligations of the parties; the disadvantage exists in the detriment of the consumer or non-professional;<sup>292</sup> in Québec, abusive clauses seem to be accepted in contracts made with consumers, but also in adhesion conventions;<sup>293</sup> the Québécois abusive clauses appear to be the ones that can be qualified as excessive and unreasonable.<sup>294</sup> To put it simply, an abusive clause destroys the contractual equilibrium, both in France<sup>295</sup>, and Québec.<sup>296</sup> As it seems, the abusive clause and the imbalance it generates are originary; they show themselves at the moment of the formation of the contract.<sup>297</sup>

The French Court of Cassation decided that one is in the presence of an abusive clause in the following situation: a contract established that a student who was enrolled in a school (*VBOS Ecole Pigier*) will have to pay the complete amount of the education taxes, and it did not allow her to be partially excused if she decides not to complete her studies.<sup>298</sup>

Of course, an abusive clause may hide a problem of consent. Referring to Q.C.C. art. 1437 (*i.e.*, the text that discusses abusive clauses), a court indicated that "*la notion d'exploitation est à la base de la règle de ce texte*"<sup>299</sup> (exploitation is underlying the rule of the text). Thus, one can believe that, for instance, the consumer was exploited by the professional; in other words, one may assume that the consumer's consent was "*diseased*" when he accepted the clause that disadvantaged him.

It goes without saying that lesion and abusive clauses can be regarded as functional equivalents: they solve the same issue, which is a troubled consent and the originary imbalance; both may reach the same result (*i.e.*, the destruction of some element that lacks equilibrium).<sup>300</sup> I am compelled to add here that lesion and abusive clauses, though they

are very close mechanisms, should not be regarded as one and the same thing. Lesion, at least in France and Louisiana, supposes a mathematical imbalance indicated by the law itself (the example of a sale between persons of full age is quite enlightening); even in Québec, lesion between persons of full age requires a mathematical imbalance, though the law does not show its amount.<sup>301</sup> The disadvantage that exists in case of the abusive clauses is quite a delicate issue: it is possible that mathematics has no part in it.<sup>302</sup> Briefly, lesion requires always a sort of disproportion between prestations (which is mathematical, if the contractual partners are persons of full age); the mechanism of abusive clauses is broader: there might be a mathematical imbalance between prestations that indicates that a clause is abusive,<sup>303</sup> or mathematics might be irrelevant.<sup>304</sup> Furthermore, the fact that lesion and abusive clauses are different was highlighted by important authors.<sup>305</sup>

## 20. Usury.

This mechanism signifies the stipulation of excessive interests in a contract of loan.<sup>306</sup> In the context of a loan of money, some authors<sup>307</sup> and even legislators<sup>308</sup> believe that lesion and usury are exactly the same thing. As I have mentioned above, this view is questionable. Loan of money is a unilateral<sup>309</sup> and real<sup>310</sup> contract. This kind of convention involves only rights for one party, and solely obligations for the other:<sup>311</sup> the lender has the right to receive the sum of money, and no duties. The borrower has the duty to restitute that sum. As such, there can be no lesion; it is impossible to notice an imbalance between prestations, simply because there is only one prestation (that of the borrower). However, usury infects often times this type of contract; as such, some even speak of “*usurary*” loans.<sup>312</sup>

Nonetheless, lesion and usury are functional equivalents: both have the same target (protection of consent and an ordinary imbalance), and reach the same result (for instance, the reduction of the excessive advantage).<sup>313</sup> I have claimed that usury, like lesion, may hide a trouble of consent. Imagining an example is not impossible. We may very well believe that the borrower of a sum of money accepted a colossal interest, because he was under a pressing need to obtain that sum. As such, the lender took advantage of the borrower, and the latter's consent was not completely free.

## 21. Leonine clauses.

These contractual provisions appear especially in a convention of partnership;<sup>314</sup> they offer the entire profit to one of the associates, or they indicate that one of the parties will not receive any portion of the profit.<sup>315</sup> Briefly, one associate or partner takes the lion's part.<sup>316</sup> If one understands that an essential aspect of partnership is for every associate to participate in the distribution of benefits,<sup>317</sup> it is not hard to imagine why leonine clauses are intolerable. They contradict the very nature of this contract and generate imbalance. Let us imagine that two persons create a partnership; one of these two persons is ignorant, and it is unclear to him what it means to be involved in a partnership; they establish the resources that they will have to combine, in order for the entity to be successful. Furthermore, they indicate that one will obtain the entire profit

generated by the partnership. The problem of consent and the lack of equilibrium are striking: one partner is ignorant, and exploited by the other, and the latter gets everything, whereas the former receives nothing. Such a clause, at least in France, is considered non-written (F.C.C. art. 1841-1).

As it can be seen, lesion and leonine clauses are functional equivalents: they fight the same problem (*i.e.*, troubled consent and an imbalance that exists from the very moment the contract is formed), and can reach a similar result (that is, the destruction of the disproportionate element).

## 22. False recital of consideration.

As noted above (*supra.* no 11), promises are binding or enforceable if they are made for a consideration.<sup>318</sup> The latter is “... *the glue that binds the parties to a contract together*”.<sup>319</sup> The adequacy of consideration, usually, is not a concern of the courts.<sup>320</sup> Nonetheless, nominal consideration or a false recital is an aspect that courts do not overlook. This kind of consideration “... *is so insignificant as to bear no relationship to the value of what is being exchanged (e.g., \$10 for a piece of real estate)*”.<sup>321</sup>

Let us suppose that A promises to convey to B a tract of land that is worth \$500,000 in exchange of a consideration of \$10. A, when he makes the promise, is B's employee, and he fears that refusal of the contract will cause him to remain without his job. Later, A encounters some financial difficulties. C offers A to pay him \$480,000 for the real property that the latter promised to transfer to B. A agrees. After some time, B brings suit against A for breach of their contract. Under these facts, the convention would be unenforceable.<sup>322</sup>

It is noticeable that false recital of consideration and lesion may appear as functional equivalents: they fight against a problem of consent and against an originary imbalance; they also lead to a similar result (*e.g.*, the agreement is left for dead). One may notice how nominal consideration is apt to involve a trouble of consent, and, in reality, something more lurks behind that doctrine.

Of course, it is hard to deny that nominal consideration's primary function is to establish if there is or not a consideration (*see infra* no 25). Nonetheless, one might look at consent and the primordial imbalance that are present in the context of nominal consideration and understand that this doctrine also has the ability to protect consent and fight that lack of equilibrium (this would be nominal consideration's secondary function).

## 23. The penal clause.

Now, let us take a look at the mechanism known as penal clause. This contractual provision is meant to establish the amount of damages owed by the debtor if he does not perform his obligation.<sup>323</sup> The court has the possibility to reduce the established damages, under the conditions indicated by Q.C.C. art. 1623 (2),<sup>324</sup> or by F.C.C. art. 1152.<sup>325</sup>

One can imagine that two parties make a contract and they draw a penal clause according to which the failure to perform will generate the duty of the obligor to pay damages in a great amount;<sup>326</sup> we may further assume that the penal clause was accepted by a party,

because of his financial situation (*i.e.*, he needed the money brought to him by the contract). Under those facts, we can observe two aspects: (i) the problem of consent (the party's mind was not completely free when the penal clause was drafted, because of the pressing financial situation), and (ii) the penal clause is abusive or excessive (because it creates a serious imbalance from the moment the contract is made). The court has the power to reduce the amount of the damages. The penal clause, or its mechanism as created by Q.C.C. art. 1623 or by F.C.C. art. 1152, appears to be functionally equivalent to lesion. Both may attack the same problem (the "sickness" of consent and the ordinary contractual imbalance), and reach the same result (a cured consent and the equilibrium in the convention). However, the fact that they are functional equivalents does not mean that they are the same thing. Lesion is designed to protect consent (or ought to be so all the time) and it is also meant to fight imbalance. The main function of the penal clause is to assess damages; they are different mechanisms, but sometimes they can be functional equivalents.

#### 24. *Lex commissoria* in the realm of real securities.

Q.C.C. art. 1801 forbids the commissory pact (or *lex commissoria*)<sup>327</sup> in the field of real securities;<sup>328</sup> F.C.C., on the other hand, allows it (*see e.g.* art. 2459, which makes way for this pact in relation to conventional mortgages). This clause does operate a *dation en paiement*<sup>329</sup> because the creditor who does not obtain his credit right gets instead the thing that is the object of the security.<sup>330</sup>

Let us assume that A lends a sum of money to B. The latter secures the restitution of the sum with a mortgage on one of his buildings. The parties establish that if B does not perform his obligation to reconstitute the money, A will become owner of the construction. B accepts the commissory pact, because he is in great need for the borrowed money; A knows this, and he understands that B is "willing" to "consent" to anything. The clause that allows A to become owner of B's house is considered non-written in Québec, but is valid in France. One can imagine how this clause could create a serious imbalance from the very beginning, and how a problematic consent is involved. Perhaps B's building is worth much more than the sum that he must reconstitute, and his pressing need for money subjected him to exploitation. Thus, there is an imbalance between advantages: B's advantage (the sum he borrowed), and A's advantage (the possibility to get a construction) are disproportionate. Furthermore, there is a problem of consent: B's mind was troubled by the urgent need for money. The mechanism of *lex commissoria* destroys the imbalance by setting aside such a commissory pact (Québec), or by indicating that the creditor must transfer to the debtor the difference between the value of the immovable and the amount of the credit right (France; *see* F.C.C. art. 2460<sup>331</sup>); in France, one can observe a reduction of the creditor's advantage. Furthermore, the mechanism of *lex commissoria* might give some protection to a "diseased" consent.

One may see why lesion and the mechanism of *lex commissoria* are functional equivalents: both may rise against the same problem (*i.e.*, "diseased" consent and primordial contractual imbalance), and reach a similar result (*i.e.*, a healthy consent and assurance of equilibrium).

## Part V. Final Observations

25. My work has reached its end. The paper's body encompasses an institution known from the dawn of history, at least as far as the contract of sale is concerned; this being goes by the name of lesion. The creature was observed in three legal systems: France, Québec and Louisiana. The starting point was represented by attempts to imagine the thesis of this paper. Also, I have forced myself to define lesion. Furthermore, I have indicated the tension between contractual freedom and the spectre. In every one of these jurisdictions, I have tried to put into the light lesion's nature, its scope and pre-requisites; the remedies it offers were also taken into account. Of course, French, Québécois and Louisianian lesions were compared: in some aspects they are the same (*e.g.*, remedies, if one is to speak generally); on the other hand, they also seem to vary (it is so, to some extent,<sup>332</sup> for their realm of application; in Louisiana, unlike in France and Québec, lesion does not concern minors and persons of full age under protection; a functional equivalent appears to be enough for the former legal system). It may be easily noticed that the concepts that serve as lesion's foundation were brought to light.

The United States Common Law has an analogous to lesion: the doctrine of unconscionability. After the latter was discussed, the two were faced off. The comparison between them revolved around their nature, scope, elements, and remedies. The most curious aspect is that both lesion and unconscionability are generally defeated by contractual liberty or freedom; this is an indicium that Civil Law and Common Law Traditions, respectively mixed jurisdictions as Louisiana hold in high regard the so-called "*freedom of conventions*" and its desires (*i.e.*, contract is not be disturbed).

I have announced from the very beginning that the method of this study is the so called equivalence functionalism. Thus, a Part (*i.e.*, IV) was preoccupied with institutions that on some occasions are lesion's functional equivalents. Though these creatures may have the same function as lesion, it most definitely does not mean that they are concerned only with the same problem as the latter; also, one should not understand that their main function is the one that lesion has. False recital of consideration or nominal consideration may be cited. This entity's primary focus is to make sure that there is a consideration; "*... a false recital of consideration or merely nominal consideration ... will not constitute consideration*".<sup>333</sup> That is its primary function or the problem it attacks: the presence or absence of consideration. Be that as it may, it also focuses on the issue of imbalance, and may involve a "*malady*" of consent: a party promises something without receiving much in exchange, and the acceptance of such a "transaction" occurs due to some fear.

Some of the identified functional equivalents<sup>334</sup> do play a most interesting role: they refute contractual imbalance and generate equilibrium in conventions that are "allergic" to lesion.<sup>335</sup>

---

<sup>1</sup> The current work is the author's dissertation paper. The paper was submitted to the LSU Paul M. Hebert Law Center in order to meet some of the requirements of an LL.M. program in Comparative Law. When published in this Law Review, the paper suffered some modifications, mainly in regard to its form (*e.g.*, the Chapters were replaced by Parts).

- \* Ph.D. Student, "Babeş-Bolyai" University of Cluj-Napoca; tamba\_adrian@yahoo.com.
- <sup>2</sup> Furthermore, these legal techniques hide something more: the desire to protect consent.
- <sup>3</sup> Of course, the first force prevails sometimes; it so happens when the existence of freedom is questionable.
- <sup>4</sup> At a close look, it could be claimed that unconscionability is meant to protect consent, since in its context one of the contractual partner is exploited (*see infra* no 12).
- <sup>5</sup> Though there is some controversy in regard to the Québécois lesion's juridical nature, at least some authors indicate that this lesion is a vice of consent, and the Civil Code of Québec calls it a vice of consent (*see* art. 1399 (2)). Thus, one might think that this lesion does protect consent.
- <sup>6</sup> In Louisiana there is also controversy in regard to lesion's nature. Be that as it may, if one looks at some of the decisions of the Louisiana courts, that person might very well say that the Louisianian lesion protects consent. For instance, one court indicated that "*the law presumes juris et de jure that he who sells an immovable for less than half its value is acting under an error of fact sufficient to invalidate the sale*". *See Fernandez v. Wilkinson*, 103 So. 537, 539 (La. 1925). These words do indicate that lesion hides a problem of consent, and it is meant to protect that consent.
- <sup>7</sup> French lesion, in relation to minors and persons of full age under protection, could be regarded as being concerned with the consent of the young or of the protected person. One might very well believe that the minor and the protected persons, by their very condition, are inexperienced or ignorant and subject to exploitation.
- <sup>8</sup> *See* 3 CHRISTIAN LARROUMET, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS. LE CONTRAT 378 no 415 (4th ed., Economica 1998).
- <sup>9</sup> Cour de Cassation [Cass.], 1e civ., Oct. 19, 1960, Bull. civ. I, No. 8 (Fr.).
- <sup>10</sup> I will provide an example to show what I mean by the fact that lesion may be absent in regard to some contracts. Take for instance France and the contract of exchange. French Civil Code art. 1706 states that "*la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange*" (rescission for lesion does not occur in a contract of exchange).
- <sup>11</sup> KONRAD ZWEIGERT & HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 36-37 (Tony Weir trans., 3rd ed., Oxford University Press reprinted 2011).
- <sup>12</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra*. note 10 at 40.
- <sup>13</sup> GÉRARD CORNU ET AL., VOCABULAIRE JURIDIQUE 543 (8th ed., PUF 2007). Of course, lesion has another meaning, besides the one already shown. *See Id.* at 543-44. This paper, however, worries itself only with the description that was already mentioned. Furthermore, when it depicts the first meaning of lesion, the work coordinated by Cornu also brings into the light the French conception. I have ignored that portion, simply because this part of my study is not the appropriate place to look into it.
- <sup>14</sup> PAUL OSSIPOW, DE LA LÉSION. ÉTUDE DE DROIT POSITIF ET DE DROIT COMPARÉ 12 (Librairie de Droit, Librairie du Recueil Sirey 1940).
- <sup>15</sup> ALFRED FOUILLÉE, LA SCIENCE SOCIALE CONTEMPORAINE 410 (Librairie Hachette 1880). The expression has the following meaning: who says contractual, says just.
- <sup>16</sup> Olivier Moréteau, *Premiers pas dans la comparaison des droits*, in JURILINGUISTIQUE: ENTRE LANGUES ET DROITS 419 (Jean-Claude Gémard & Nicholas Kasirer eds., Bruylant, Les Éditions Thémis 2005).
- <sup>17</sup> *Id.* at 419-20.
- <sup>18</sup> *Id.* at 420.
- <sup>19</sup> For a presentation of Comparative Law's methods, *see e.g.* Béatrice Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective*, 57 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ [R.I.D.C.] 29, 38-43 (2005) (Fr.). On juxtaposition-plus and its criticism, *see* Günter Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, 26 Harv. Int'l. L. J. 411, 427, 429-34 (1985).
- <sup>20</sup> Mathias Reimann, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, 50 Am. J. Comp. L. 671, 679 (2002).

- <sup>21</sup> KONRAD ZWEIGERT & HEIN KÖTZ, AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 34 (Tony Weir trans., 3rd ed., Oxford University Press reprinted 2011). The same idea was expressed by Zweigert in French, when he said that “*la méthode comparative est donc nécessairement une méthode fonctionnelle ...*” [the comparative method is necessarily a functional method]. See Konrad Zweigert, *Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé)*, 18 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ [R.I.D.C.] 5, 7 (1966) (Fr.).
- <sup>22</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 34. Similarly, another author teaches us that the criterion of comparability may be searched within the function fulfilled by the rules which are studied. See Olivier Moréteau, *Premiers pas dans la comparaison des droits*, in JURILINGUISTIQUE: ENTRE LANGUES ET DROITS 419 (Jean-Claude Gémard & Nicholas Kasirer eds., Bruylant, Les Éditions Thémis 2005).
- <sup>23</sup> From the very beginning one must understand that there are “... *at least seven different concepts of functionalism across disciplines ...*”. See Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 344 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2008). Of course, Zweigert and Kötz appear to be proponents of equivalence functionalism, as suggested by their own words: “*the comparatist who wants to find in a foreign system the rules which are functionally equivalent to those which interest him in his native law requires both imagination and discipline*”. See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 36-37.
- Zweigert and Kötz also tell us that “... *the legal system of every society faces essentially the same problems, and solves these problems by quite different means though very often with similar results*”. See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 34. We are led to believe that functionalism means the possibility to observe the same problems which, by different mechanisms, receive the same results. Nevertheless, this aspect must be properly understood. Zweigert and Kötz themselves preach that “... *if we leave aside the topics which are heavily impressed by moral views or values, mainly to be found in family law and in the law of successions, and concentrate on those parts of private law which are relatively ‘unpolitical’ we find that as a general rule developed nations ...*”. See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 40. Thus, one can easily think that similar problems that admit the same results are an idea that one meets with in the context of ‘unpolitical’ topics and developed nations. It appears difficult to admit that, for instance, Botswana and France would have the same problems. Furthermore, if we meditate at topics that are not ‘unpolitical’, but extremely tainted by moral imperatives, it is doubtful that equally developed nations would reach the same solutions. For example, Germany and Netherlands are developed, but gay marriage is not accepted in the former, though it is so in the latter.
- <sup>24</sup> Jaluzot, *supra.* note 18 at 39.
- <sup>25</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 35. The problem is the aspect that must be envisaged. See RENÉ DAVID & CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS 12 (11th ed., Dalloz 2002).
- <sup>26</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 34; Hein Kötz, *Comparative Law in Germany Today*, 51 REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ [R.I.D.C.] 753, 755 (1999).
- <sup>27</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 38.
- <sup>28</sup> Zweigert, *supra.* note 10 at 15.
- <sup>29</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra.* note 10 at 34. This assertion of Zweigert and Kötz, as I have already pointed out, must be read in close connection to their view regarding the developed nations and ‘unpolitical’ institutions (*i.e.*, entities free from heavy moral imperatives).
- <sup>30</sup> See *e.g.* Frankenberger, *supra.* note 18 at 411 ff. For a brief presentation of the reproaches that were formulated against functionalism, see Gerhard Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 389-90, §2.(b) (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2008).
- <sup>31</sup> Ralf Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 358 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2008).

- <sup>32</sup> Micro-comparison aims at comparing specific legal institutions. See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra*. note 10 at 5. On the other hand, macro-comparison looks at entire legal systems. See Gerhard Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 408 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2008).
- <sup>33</sup> One scholar underlines that lesion's foundation is a moral precept: *Neminem laede*. See OSSIPOW, *supra*. note 13 at 12. Is the author correct? If he is, can equivalence functionalism be used, since that method does not sit well with topics that are highly penetrated by moral imperatives? I believe that equivalence functionalism can be the method deployed in this study, even if lesion is founded on morality. Zweigert and Kötz seem to find a barrier in the path of equivalence functionalism when we are in the presence of "... topics ... heavily impressed by moral ... values, mainly to be found in family law and in the law of succession ...". See ZWEIGERT & KÖTZ, *supra*. note 10 at 40. Lesion is not a topic heavily penetrated by moral values, since it is not placed or found in family law, nor in the law of succession; the institution belongs to the law of contract. Of course that lesion has some roots in morality, but this does not mean that it is a topic heavily tainted by moral values. Perhaps an illustration will better highlight what I mean. One might say that a creature highly characterized by swimming skills can mainly be found in an aquatic environment (e.g., oceans, rivers etc.) A horse, though it has some swimming talent, it is not heavily characterized by swimming skills, since this animal is not to be found in an ocean or river and so on. It is the same with lesion, which cannot be seen as heavily characterized by moral values, because it is not to be found on the realms represented by family and succession laws.
- <sup>34</sup> Konrad Zweigert, *Méthodologie du Droit Comparé*, in 1 MÉLANGES OFFERTS A JACQUES MAURY 584 (Daloz & Sirey 1960).
- <sup>35</sup> An example of such a doctrine is the objective cause (*infra* Part IV). I am compelled to highlight that when the comparatist uses the functional method he is obliged to show a complete inventory of rules that have the same function. See Olivier Moréteau, *Premiers pas dans la comparaison des droits*, in JURILINGUISTIQUE: ENTRE LANGUES ET DROITS 421 (Jean-Claude Gémar & Nicholas Kasirer eds., Bruylant, Les Éditions Thémis 2005). That is why it is necessary to identify other beings from the civil law and the common law with the same function as lesion. Unconscionability is, of course, one of these beings, as Part III will clarify.
- <sup>36</sup> ZWEIGERT & KÖTZ, *supra*. note 10 at 43.
- <sup>37</sup> Mathias Reimann, *supra*. note 19 at 675.
- <sup>38</sup> John C. Reitz, *How to Do Comparative Law*, 47 Am. J. Comp. L. 617, 634 (1998).
- <sup>39</sup> *Id.* at 634.
- <sup>40</sup> Olivier Moréteau, *Premiers pas dans la comparaison des droits*, in JURILINGUISTIQUE: ENTRE LANGUES ET DROITS 418 (Jean-Claude Gémar & Nicholas Kasirer eds., Bruylant, Les Éditions Thémis 2005).
- <sup>41</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER & YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 310 no 302 (9th ed., Daloz 2005).
- <sup>42</sup> 4 JEAN CARBONNIER, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 158 no 78 (22nd ed., PUF 2000).
- <sup>43</sup> 3 CHRISTIAN LARROUMET, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS. LE CONTRAT 377-78 nos 414-15 (4th ed., Economica 1998).
- <sup>44</sup> *Id.* at 377 no 414. A vice of consent may be understood as a perturbation that, when the juridical act is formed, affects the lucidity or the freedom of consent without completely abolishing it, and which brings with it relative nullity. See GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 962.
- <sup>45</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 378 no 415.
- <sup>46</sup> Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 1, 111 (1989-1990). This author makes a questionable statement: "for supporters of an objective approach, lesion, although still listed among the vices of consent ...". *Id.* It is hard to claim that the ones who describe lesion from the objective perspective accept that the being is listed among the vices of consent. Larroumet clearly emphasizes that lesion stands apart from these vices, if it is seen as an objective element. See 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 378 no 415.



<sup>47</sup> JEAN-LOUIS BAUDOUIIN & PIERRE-GABRIEL JOBIN, *LES OBLIGATIONS* 240-42, nos 264-66 (5th ed., Les Éditions Yvon Blais Inc. 1998). These authors claim, in the context of the objective conception, that a sort of presumed economic error is involved. *Id.* at 240 no 264. In my opinion, if any kind of error appears (presumed or otherwise) it is highly difficult to discuss about an objective approach. Error implies a psychological defect, and it means that a subjective aspect shows itself.

<sup>48</sup> A contract is synallagmatic when each party has the double quality of creditor and debtor (sale is such a synallagmatic contract, see *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOUIIN & RENAUD, *CODE CIVIL DU QUÉBEC ANNOTÉ* 1654 (15th ed., Wilson & Lafleur 2012)). It is onerous when each contractual partner desires an advantage in exchange of his prestation (see e.g. the legal definition indicated by the Québec Civil Code art. 1381 (1)). Finally, the convention is commutative when the extent of each obligation and advantage is known from the very beginning (see the Québec Civil Code art. 1382 (1)).

<sup>49</sup> See e.g. TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 310 no 302.

<sup>50</sup> Hereinafter, *brevitatis causa*, F.C.C.

<sup>51</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 104 no 44.

<sup>52</sup> *Id.*

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *Id.*

<sup>56</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 104-105 no 44.

<sup>57</sup> 4 PHILIPPE MALAURIE & LAURENT AYNÈS, *COURS DE DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS* 236 no 421 (4th ed., Cujas 1993).

<sup>58</sup> *Id.* at 236 no 421.

<sup>59</sup> *Id.*

<sup>60</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 379 no 417. Furthermore, some believe that the French Civil Code's preparatory works indicate that lesion was meant to be a vice of consent. See 2 HENRI CAPITANT, FRANÇOIS TERRÉ & YVES LEQUETTE, *LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE CIVILE. OBLIGATIONS. CONTRATS SPÉCIAUX. SÛRETÉS* 676 (12th ed., Dalloz 2008). The latter authors add this: in the eyes of the Court of Cassation, such preparatory works did not prevail over the formula of the texts. See 2 CAPITANT, TERRÉ & LEQUETTE, *supra*. note 59 at 676. The Code does not indicate the necessity of a subjective element, and the judges adopted the objective conception. 2 CAPITANT, TERRÉ & LEQUETTE, *supra*. note 59 at 676.

<sup>61</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 380 no 417.

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> See Cour de Cassation [Cass.] Req., Dec. 28, 1932, D.C. Jur. (Fr.) at 89 (in the context of F.C.C. art. 1674, the court declared that lesion is, by itself, a reason for rescission; as such, the French Supreme Court rejected the theory of the defendant, according to which, in the eyes of the law, lesion is a vice of consent). See also Cour de Cassation [Cass.], 1e civ., Oct.19, 1960, Bull. civ. I, No. 8 (Fr.) (referring to a partition, the court established that lesion is by itself a motive for rescission, independently of any vice of consent).

<sup>65</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 380 no 418.

<sup>66</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 369 no 408. An act of administration may be briefly defined as an ordinary act regarding the exploitation of a thing; an example of such a juridical act is the lease. See GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 30.

<sup>67</sup> One must not be deceived by F.C.C. art. 1305, which indicates that the minor can use lesion in regard to all sorts of conventions. Often, lesion is not the appropriate remedy; incapacity seems better fitted. See ALEX WEILL & FRANÇOIS TERRÉ, *DROIT CIVIL. LES PERSONNES. LA FAMILLE. LES INCAPACITÉS* 865 no 875 (5th ed., Dalloz 1983); TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 314 no 309.

Maybe there is no exaggeration in saying that, in the case of a minor, lesion and incapacity have their own separate roles; they are distinct mechanisms. Some juridical acts can be criticized on grounds of the

- former, but not the latter and vice-versa. See e.g. Cour de Cassation [Cass.], 1e civ., Nov. 4, 1970, D. 1971, 186 (Fr.) (a minor who had a driving license leased a car; the court decided that such a contract could be attacked for lesion, but not incapacity; however, no lesion was observed in the case). Even if lesion and capacity stand apart, they can be seen as functional equivalents; sometimes the latter can battle, for instance, contractual imbalance (*infra* no 17), though there is no place for the former.
- <sup>68</sup> Curatorship is a regime of protection that can affect a person of full age who has the need of being advised and controlled in regard to the most serious juridical acts, either because of the alteration of his personal characteristics, either because of his prodigality or similar reasons. See GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 259.
- <sup>69</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 370 no 408.
- <sup>70</sup> See e.g. F.C.C. art. 465 3°. The nullity envisaged by the text appears exactly because there is a lack of capacity. See JURRIS CLASSEUR. CODE CIVIL. Volume «Art. 415 à 432 à art. 565 à 577», no 75.
- <sup>71</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 157 no 78.
- <sup>72</sup> *Id.*
- <sup>73</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 370 no 409. It is only reasonable to assume that a person of full age not under protection is careful with his interests and intelligent enough to protect them. See 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 156 no 78.
- <sup>74</sup> Commutative justice requires that a contract should not be maintained, if a party suffers a damage because of a lack of balance between the prestations. See 3LARROUMET, *supra*. note 7 at 366 no 405. Nonetheless, a strict observance of this idea is dangerous; it creates the risk of completely destroying the security of juridical relationships. *Id.* at 367 no 405. Commutative justice and security of contracts are in disaccord. *Id.* at 370 no 409.
- <sup>75</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 158 no 78.
- <sup>76</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 158 no 78.
- <sup>77</sup> 1 RENÉ DEMOGUE, TRAITÉ DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL. SOURCES DES OBLIGATIONS 609 no 391 (Librairie Arthur Rousseau 1923).
- <sup>78</sup> GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE & LÉO SAIGNAT, TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE DROIT CIVIL. DE LA VENTE ET DE L'ÉCHANGE 707 no 673 (3rd ed., Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais 1908).
- <sup>79</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 158 no 78.
- <sup>80</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 371 no 409.
- <sup>81</sup> The law allows the buyer of agricultural fertilizers, seeds, plants, and substances destined to feed farm animals to claim lesion if he paid more than ¼ their value. For the text, see <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070998&dateTexte=20130401#LEGIARTI000006474007> (last visited May 13, 2013).
- <sup>82</sup> The assignor of the rights to exploit the intellectual creation can use lesion, if there is a disproportion of more than 7/12. For the content of art. L131-5, the following link may be consulted: [http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=171D4EF35DCEFD4B2DA73BC1D20BAF1F.tpdjo15v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161639&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20130401](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=171D4EF35DCEFD4B2DA73BC1D20BAF1F.tpdjo15v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006161639&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20130401) (last visited May 13, 2013).
- <sup>83</sup> See e.g. 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 158 no 78.
- <sup>84</sup> The normative act allowed lesion in a contract of maritime assistance, if the price paid by the saved ship was inequitable. However, arts. 10, 15 and 16 were repealed by art. 7 of Ordinance no 2010-1307. See [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=171D4EF35DCEFD4B2DA73BC1D20BAF1F.tpdjo15v\\_2?cidTexte=JORFTEXT000022990793&dateTexte=20101103](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=171D4EF35DCEFD4B2DA73BC1D20BAF1F.tpdjo15v_2?cidTexte=JORFTEXT000022990793&dateTexte=20101103) (last visited May 13, 2013).
- <sup>85</sup> Art. L5132-6 2° condones lesion in a contract of maritime assistance if the price paid is too high or too low in comparison to the services that were rendered. For the text, see

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=171D4EF35DCEFD4B2DA73BC1D20BAF1F.tpdjo15v\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000024151203&cidTexte=LEGITEXT000023086525&dateTexte=20130401](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=171D4EF35DCEFD4B2DA73BC1D20BAF1F.tpdjo15v_2?idSectionTA=LEGISCTA000024151203&cidTexte=LEGITEXT000023086525&dateTexte=20130401) (last visited May 13, 2013).

<sup>86</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 158-59 no 78.

<sup>87</sup> *Id.* at 159 no 78; 5 CHARLES AUBRY & CHARLES RAU, COURS DE DROIT CIVIL FRANÇAIS 181 no 358 (Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence 1907). See e.g. Cour de Cassation [Cass.], 3e civ., Dec. 14, 2011, D. 2012 A.J.No 3(Fr.) (the court said that rescission for lesion does not affect by itself the buyer's ownership and cited art. 1681); Cour de Cassation [Cass.], 1e Civ., June 7, 1966, in 2 CAPITANT, TERRÉ & LEQUETTE, *supra*. note 59 at 679 (the court talked about the supplement that the buyer must pay in order to avoid the restitution of the immovable, when lesion is observed; also, the Supreme Court indicated that the supplement must correspond to the value of the thing when the supplementation is paid, not to the worth of the immovable at the moment the sale was made).

<sup>88</sup> According to the former F.C.C. art. 887 the main remedy was nullity. See 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 159 no 78; 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 371 no 409. Law no. 2006-728 operated the change: it modified F.C.C. art. 887, which now talks about error, fraud and duress; it also gave another shape to F.C.C. art. 889, which speaks of a supplement, without referring to rescission.

<sup>89</sup> Renunciation by one of the spouses is another issue that tends to be delicate. This type of manifestation of will seems to be a unilateral act. In relation to art. 424, a court talked about renunciation at rights contained in the familial patrimony. See *C. (F.) c. M. (J.)*, (C.S., 1999-07-09), in 1 JEAN-LOUIS BAUDOIN & YVON RENAUD, CODE CIVIL DU QUÉBEC ANNOTÉ 526 (15th ed., Wilson & Lafleur 2012). Of course, renunciation at a right is a unilateral act. See ALAIN BÉNABENT, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 590 no 885 (9th ed., Montchrestien 2003).

As such, that act and lesion seem incompatible, despite the clear words of art. 424. How can one party be exploited by the other, since, by definition, a unilateral act means that there is only one person?

<sup>90</sup> Art. 472 can be subjected to the same criticism indicated above, in regard to art. 424.

<sup>91</sup> Art. 2332 of the Québec Civil Code, dedicated to loan of money, mentions lesion *expressis verbis*. However, it is more than debatable that this doctrine is appropriate in such a context. As one court noticed, in the case of a loan of money, which is a unilateral contract, one is to talk about usury. This is a notion distinct of lesion. See *Crédit Trans-Canada ltée c. McClemens*, (Q.C., 1995-01-26), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 3342. Nevertheless, other decisions, in referring to the same legislative text, have no trouble in using the term "lésionnaire". See e.g. *Saviolakis c. Immeubles Marai inc.*, (C.S., 2000-04-14) and *Bégin c. Marcouiller*, (C.Q., 2007-06-12), in *Id.*

<sup>92</sup> Hereinafter, *brevitatis causa*, Q.C.C.

<sup>93</sup> *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1711. It must be noted that one author is of the opinion that lesion extends to other situations than the ones pointed out by the Minister of Justice. That scholar recites the penal clause (art. 1623 (2)), the *dation en paiement* clause (art. 1801), clauses that establish damages in a residential lease (art. 1901) etc. See 1 VINCENT KARIM, COMMENTAIRES SUR LES OBLIGATIONS 110 (Les Éditions Yvon Blais 1997). To me, it is rather doubtful that these examples are actually forms of lesion; rather, one can grasp them as different doctrines that are lesion's functional equivalents. As such, I will not discuss the issues at this point; their place is in Part IV; for the penal and *dation en paiement* clauses, see *infra* Part IV. Q.C.C. art. 1901 talks about abusive clauses in relation to a residential lease. The text seems an application of Q.C.C. art. 1437 (i.e., the doctrine of abusive clauses). See *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 2759. Just like the before mentioned institutions, abusive clauses are analyzed below (see *infra* Part IV).

<sup>94</sup> BAUDOIN & JOBIN, *supra*. note 46 at 242 no 267.

<sup>95</sup> *Id.* at 239 no 263.

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> JEAN PINEAU, DANIELLE BURMAN & SERGE GAUDET, *THÉORIE DES OBLIGATIONS* 218 no 105 (4th ed., Les Éditions Thémis 2001).

<sup>99</sup> One might be shocked by my statement that lesion has a limited field in Québec (the fact that lesion's scope is limited seems difficult to deny; see Q.C.C. art. 1405 and *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1711; the cited Commentaries are placed under art. 1405). After all, it does apply to whole categories of persons, and, sometimes, even to those who are of full age. Nevertheless, one must keep in mind that the Québécois lesion encounters restraints, especially if compared to, say, the Romanian lesion. The latter appears regardless if the contract was made by persons under protection or by an individual who has reached the age of majority. For details regarding the Romanian lesion, see e.g. Adrian Tamba, *Leziunea în contextul Noul Cod Civil. Câteva considerații* (Lesion in the Context of the New (Romanian) Civil Code. A Few Considerations), *Studia Universitatis Babeș-Bolyai Iurisprudentia* no. 3/2011, <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articollid=460> (last visited May 13, 2013).

<sup>100</sup> Art. 1405 is considered the fundamental text in relation to lesion. See BAUDOIN & JOBIN, *supra*. note 46 at 237 no 261.

<sup>101</sup> *Racicot v. Bertrand*, (C.S. Can., 1978-10-31), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1711.

<sup>102</sup> 1 VINCENT KARIM, *COMMENTAIRES SUR LES OBLIGATIONS* 109 (Les Éditions Yvon Blais 1997).

<sup>103</sup> PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 217 no 104.

<sup>104</sup> *Id.*

<sup>105</sup> *Id.*

<sup>106</sup> Art. 21 (1) of the Swiss Code of Obligations states that "*en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience*" [in case of obvious disproportion between the prestation promised by one of the parties and the counter-prestation of the other, the injured party may, within one year, declare that she dissolves the contract and receive back what she paid, if lesion was determined by the exploitation of her situation, legerity, or inexperience].

<sup>107</sup> PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 217 no 104.

<sup>108</sup> *Id.*

<sup>109</sup> *Id.* at 217-18 no 104.

<sup>110</sup> Despite this definition, one cannot ignore that lesion's domain is limited, as indicated by Q.C.C. art. 1405. See *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1711. Indeed, to completely grasp lesion's scope, one must look simultaneously at arts. 1405 and 1406.

<sup>111</sup> PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 217 no 104.

<sup>112</sup> *Id.* at 219 no 105.

<sup>113</sup> *Id.* at 217 no 104.

<sup>114</sup> *Id.* at 217 no 104, 216 no 104.

<sup>115</sup> *Id.* at 220 no 105.

<sup>116</sup> *Id.* at 221 no 105.

<sup>117</sup> The presence of disproportion generates a presumption of exploitation. This presumption is a relative one, as it can be rebutted. See BAUDOIN & JOBIN, *supra*. note 46 at 248 no 274; PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 219 no 105. Furthermore, the legal presumption was created in order to lessen the burden of proof requested from the victim of lesion. See BAUDOIN & JOBIN, *supra*. note 35 at 247 no 274.

<sup>118</sup> A few authors observe that the renunciations indicated by arts. 424 and 472 are indeed unilateral acts. See PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 226 no 107. However, they claim that we are in the

presence of lesion if the renouncing party was in mistake upon the value of that which he was entitled to, or the party was pressured into renouncing. *Id.* If the party renounces in order to escape the pressure to which he was subjected, his conduct may be disproportionate in comparison to the advantage he gained, and which is a too expensive peace. *Id.* at 227. Though the observations seem fair, the issue remains: how can lesion be accepted in cases of unilateral acts, since art. 1406 indicates that it was constructed for contracts? Under hypotheses as those imagined by the cited scholars, other mechanisms must be used (e.g., civil liability), because lesion does not seem equipped to handle such problems.

<sup>119</sup> Art. 8 states that “*le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur ...*” [the consumer may demand the nullity of the contract or the reduction of the contractual obligations, if the disproportion between the prestations of the parties is so considerable that it amounts to the exploitation of the consumer]. According to art. 9 “*lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur*” [if a court must analyze the consent given by a consumer in regard to a contract, the court will take into account the condition of the parties, the circumstances in which the contract was made, and the advantages which result from the contract for the consumer].

For the content of the two provisions the following Internet link may be consulted: [http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P\\_40\\_1/P40\\_1.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P_40_1/P40_1.html) (last visited May 13, 2013).

<sup>120</sup> *Neagu c. Motor Sport Rive Sud Inc.*, [1978] C.S. 909, in MAURICE TANCELIN & DANIEL GARDNER, JURISPRUDENCE COMMENTÉE SUR LES OBLIGATIONS 67-68 (5th ed., Wilson & Lafleur 1992). The case was decided under art. 118 of the Law on Consumer's Protection; that text was replaced by arts. 8-9 mentioned above. The latter are identical in substance with art. 118, so the case is relevant under the current legislation.

<sup>121</sup> Discussing Q.C.C. art. 1406 (2) the doctrine indicates that the idea of exploitation is to be observed. See PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 220 no 105. The necessity of a disproportion may be seen if one looks at a decision where the court talked about the disequilibrium between the minor's contractual obligations and the advantages he obtains. See *Marcel Grenier Automobile Enrg. c. Tahuvette*, (C.S., 1968-03-29), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1713.

<sup>122</sup> PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 249 no 118.

<sup>123</sup> *Id.* at 266 no 124. Art. 283 talks about damage, but the term is understood in the sense of lesion. See *R.J. c. Clément*, (C.A., 2011-04-14), in 1 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 88 at 346.

<sup>124</sup> PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 220 no 105.

<sup>125</sup> *Séguin c. Paradis*, (C.Q., 2010-12-06), in 1 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 88 at 246.

<sup>126</sup> MAURICE TANCELIN, DES OBLIGATIONS EN DROIT MIXTE DU QUÉBEC 173 no 235 (7th ed., Wilson & Lafleur, 2009).

<sup>127</sup> *Minten Grove Corporation c. Ménard*, (C.S., 2006-03-17), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1714.

<sup>128</sup> *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1718.

<sup>129</sup> One author accurately notices the connection between Q.C.C. arts. 1407-1408, in regard to the issue of reduction. See TANCELIN, *supra*. note 125 at 173 no 235. Art. 1407's reduction can very well be placed into action by the judge at the defendant's initiative under art. 1408. Perhaps an example will be more clarifying. Let us assume that a minor agrees to buy for \$2500 a scooter that is worth \$2200, for the purpose of travelling. The minor's patrimony does not allow him to pay such a price, but the assets are enough for him to pay \$2000. The minor could request the reduction of his obligation with \$500 (i.e., the amount of damages he would be justified in claiming). Since the \$2500 sum is an obligation for the minor and a credit right for his contractual partner, the \$500 reduction means that the former's obligation and

the latter's personal right are reduced in that amount. Thus, under art. 1407, the minor's obligation will consist of \$2000 and the same will be the quantum of the contractual partner's credit right. Now, let us imagine that the minor demands the nullity, but under art. 1408, the contractual partner offers a reduction of his personal right by \$500. If the court accepts the proposal, since the \$2500 is for the contractual partner a personal right and for the minor an obligation, the former will receive \$2000 and the minor is bound to pay that sum. Briefly, both articles, 1407 and 1408, generate a diminution of the victim's obligation and of the contractual partner's personal right.

<sup>130</sup> TANCELIN, *supra*. note 125 at 173 no 235; *Commentaires du Ministre de la Justice*, in 2 BAUDOUIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1718.

<sup>131</sup> 1 VINCENT KARIM, COMMENTAIRES SUR LES OBLIGATIONS 122 (Les Éditions Yvon Blais 1997); BAUDOUIN & JOBIN, *supra*. note 46 at 259 no 301.

<sup>132</sup> 1 VINCENT KARIM, COMMENTAIRES SUR LES OBLIGATIONS 120 (Les Éditions Yvon Blais 1997).

<sup>133</sup> Freedom of contract represents a most valuable jewelry for Louisiana. After all, it does have the rank of a principle. See Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 1, 108 (1989-1990) (the author talks about the "principle of freedom of contract"). Since contractual freedom is a principle one can easily see that it will usually defeat other beings that rise against it; one of these loosing creatures is lesion.

<sup>134</sup> Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 1, 112 (1989-1990).

<sup>135</sup> *Harmon v. Harmon*, 508 So.2d 616, 620 (La. App. 2nd Cir. 1987).

<sup>136</sup> Hereinafter, *brevitatis causa*, La. Civ. C.

<sup>137</sup> The argument *pro subjecta materia* indicates that lesion is a vice of consent, in the understanding of the La. Civ. C.

<sup>138</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 378 no 415.

<sup>139</sup> Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 112 (1989-1990). The author tells us the following: "... in sum ... in spite of its place in the code, lesion differs from the three traditional categories of vices of consent and, insofar as the law of Louisiana is concerned, is more akin to an instrument of public policy ...". *Id.* We may very well understand that, in such a vision, lesion has little to do with consent; it is linked to public policy.

<sup>140</sup> *Id.* at 109.

<sup>141</sup> *Id.*

<sup>142</sup> *Id.* at 115.

<sup>143</sup> The Louisiana courts had the chance to place themselves on the field of art. 1864, or, at least, to acknowledge its existence. See *e.g. Farrar v. Swedish Health Spa*, 337 So.2d 911, 914 (La. App. 3d Cir. 1976) (a seventeen year old entered into a contract with a company; the minor paid \$324,13 for a two year membership); *Wilkinson v. Wilkinson*, 323 S.2d 120, 125 (La. 1975) (marriage contract involving a minor and a person of full age).

<sup>144</sup> Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 114 (1989-1990).

<sup>145</sup> *Id.*

<sup>146</sup> The immovable usually involved is land. See *e.g. Bisco v. Middleton*, 383 So.2d 1047 (La. App. 1st Cir. 1980). Also, see Comment, *Lesion Beyond Moiety in the Law of Sale*, 14 Tul. L. Rev. 249, 253 (1939-1940).

<sup>147</sup> Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 110 (1989-1990). Here is the place to emphasize that such a reason does not sit well with the objective conception on lesion. According to that approach, it is enough to notice the lack of equivalence between prestations. See TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 321 no 314. Anything else, such as the needs of one of the contractual partners, brings with it a subjective flavor.

<sup>148</sup> *Peterson v. Herndon*, 221 So.2d 615, 617 (La. App. 2nd Cir. 1969).

<sup>149</sup> Fair market value has been defined as “the amount a willing purchaser would pay a willing seller for a particular piece of property”. See *Valley Land Co. v. Fielder*, 242 So.2d 358, 361 (La. App. 2nd Cir. 1970). Somehow similar it has been said that “market value means the fair value of the property between one who wants to purchase and one who wants to sell under usual and ordinary circumstances”. See *Henderson v. Dyer*, 68 So.2d 623, 625 (La. App. 1st Cir. 1953).

<sup>150</sup> See e.g. *Mullins v. Page*, 457 So.2d 64, 71 (La. App. 2nd Cir. 1984); *Goulas v. Goulas*, 426 So.2d 735, 736 (La. App. 3d Cir. 1983); *Fontenot v. Fontenot*, 427 So.2d 27, 30 (La. App. 3d Cir. 1983); *Dejean v. La. Dept. of Highways*, 350 So.2d 938, 940 (La. App. 2nd Cir. 1977); *Crow v. Monsell*, 200 So.2d 700, 703 (La. App. 2nd Cir. 1967).

<sup>151</sup> One might doubt the usefulness of art. 2663. It is so because art. 2664 states that the rules of sale govern the contract of exchange. That is why lesion could have been allowed on account of art. 2664: the rules applicable to sale (e.g., lesion, which is indicated by art. 2589) could take the contract of exchange in their arms.

<sup>152</sup> Prior to the 2010 revision, it was claimed that lesion would not be applicable where each party has exchanged an immovable. See Comment, *Lesion Beyond Moiety in the Law of Sale*, 14 Tul. L. Rev. 252 (1939-1940). Nevertheless, it was admitted that lesion could appear if an immovable and a sum of money were given in exchange of an immovable. See *Landry v. Istre*, 510 So.2d 1310, 1314 (La. App. 3d Cir. 1987) (however, the solution was the rejection of lesion, because the ½ disproportion was not met; I will underline, once again, that the court accepted the idea that lesion can be used when money and an immovable are given in exchange of an immovable, if its requisites can be observed).

Today, it can be said that a person that exchanges an immovable for another immovable can claim lesion, if the thing he receives is worth less than ½ of the value of the immovable he gives. La. Civ. C. art. 2663 talks about “property”; it does not distinguish between the kind of things received, and neither should the interpreter.

<sup>153</sup> It has been noted that a true exchange is the equivalent of a sale. See *Simon v. Arnold*, 727 So.2d 699, 702 (La. App. 3d Cir. 1999). Thus, it is not surprising that the former is under the influence of the latter.

<sup>154</sup> 16 KATHERINE S. SPAHT & RICHARD D. MORENO, LOUISIANA CIVIL LAW TREATISE. MATRIMONIAL REGIMES 683 § 7.25 (3rd ed., Thomson/West 2007).

<sup>155</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 314 no 309. French doctrine may very well be used to explain the reasons that support lesion in a partition. After all, French lesion was received by the Louisiana Civil Code. See Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 109 (1989-1990). Of course, the being under discussion did suffer some alterations in Louisiana (see *infra* no 8).

<sup>156</sup> See e.g. *Picard v. Picard*, 708 So.2d 1292, 1295 (La. App. 3d Cir. 1998), where the court mentions the word “equality” in the context of a partition between husband and wife. The term suggests that the court believes that partition is an “*acte égalitaire*”, just as Terré *et alii* indicate.

On the other hand, the 2nd Circuit reports that “... when lesion does exist in a community property settlement, it must be the result of an error or other vice of consent”. See *Picard v. Picard*, *supra*. note 136 at 1294-95. The sentence makes known the following aspect: lesion is tied to consent, which seems a rejection of the objective conception.

<sup>157</sup> *Pitre v. Pitre*, 162 So.2d 430, 431 (La. App. 3d Cir. 1964).

<sup>158</sup> See e.g. *Caillouet v. Zwei Bruderland, L.L.C.*, 746 So.2d 752, 759 (La. App. 3d Cir. 1999); *Thomas v. Sewell*, 117 So.2d 912, 914 (La. 1960). In both cases it was said that “the only issue of fact to be determined ... is whether the vendor sold the immovable for less than one-half of the value that it had at the time of the sale”. Apparently, the disproportion is everything that matters; the subjective aspect, though not denied (see *Thomas v. Sewell*, *supra*. note 157 at 914), is unimportant. Indeed, if the

- imbalance is the only issue to be determined, could it be said that the subjective component is so irrelevant that is absolutely of no concern? Even if we accept that the psychological aspect is of minor consequence, it does not mean that it is absent; it is there in the form of a presumption. See *Blaize v. Cazezu*, 26 So.2d 689, 690 (La. 1946). The expression “*imperative requisite*” is used in order to highlight that, practically, the disproportion is the issue that should worry us.
- <sup>159</sup> The purpose of rescission is *restitutio in integrum*. See *O’Brien v. LeGette*, 211 So.2d 427, 429 (La. App. 1st Cir. 1968), reversed on other grounds, 223 So.2d 165 (La. 1969). There is one angle that must not be overlooked: the seller of the immovable cannot claim lesion against a third buyer who acquired the thing from the original vendee. See e.g. *Brewster Development Company Inc. v. Fielder*, 271 So.2d 299, 302 (La. App. 2d Cir. 1972).
- <sup>160</sup> Comment, *Lesion Beyond Moiety in the Law of Sale* 14 Tul. L. Rev. 260 (1939-1940); SAUL LITVINOFF, *SALE AND LEASE IN THE LOUISIANA JURISPRUDENCE. A COURSEBOOK* 554 (Center of Civil Law Studies 1997). See e.g. *Batton v. Batton*, 11 So.2d 707, 709 (La. App. 2d Cir. 1942).
- <sup>161</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 379 no 417.
- <sup>162</sup> 4 MALAURIE & AYNÈS, *supra*. note 54 at 236 no 421.
- <sup>163</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 105 no 44.
- <sup>164</sup> *Id.* at 104 no 44.
- <sup>165</sup> See e.g. Cour de Cassation [Cass], Req. Dec. 28, 1932, D.C. Jur. (Fr.) at 89.
- <sup>166</sup> PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 218 no 105.
- <sup>167</sup> *Id.*
- <sup>168</sup> See 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 377 no 414 (in the subjective conception, lesion appears as a vice of consent).
- <sup>169</sup> Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 112 (1989-1990).
- <sup>170</sup> See e.g. *Thomas v. Sewell*, *supra*. note 157 at 914; *Fernandez v. Wilkinson*, 103 So. 537, 539 (La. 1925) (the court underlined that “*the law presumes juris et de jure that he who sells an immovable for less than half its value is acting under an error of fact sufficient to invalidate the sale*”). As I pointed out above (*supra*. no 5), when an error is in the picture, a subjective approach (i.e., an issue of consent) seems difficult to ignore.
- <sup>171</sup> 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 367 nos 405-406; PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 217-18 no 104; Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 109 (1989-1990).
- <sup>172</sup> See e.g. 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 369 no 408; PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 249 no 118.
- <sup>173</sup> For minors, see Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 114 (1989-1990).
- <sup>174</sup> In all truth, Litvinoff’s view on the objective conception is quite strange. He seems to believe that the ones who support such a perspective regard lesion as a vice of consent. See Saul Litvinoff, *Vices of Consent, Error, Fraud, Duress and an Epilogue on Lesion*, 50 La. L. Rev. 1, 111 (1989-1990). Such a belief is deeply doubtful (see *supra*. no 5).
- <sup>175</sup> *Thomas v. Sewell*, *supra*. note 157 at 914; *Caillouet v. Zwei Bruderland, L.L.C.*, *supra*. note 157 at 759.
- <sup>176</sup> 4 CARBONNIER, *supra*. note 41 at 158-59 no 78.
- <sup>177</sup> See *Québec inc. c. Laniel*, (C.S., 2008-12-03), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1712 (an important disproportion between the prestations generates a presumption of exploitation). It is true, of course, that the presumption can be rebutted. See PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 218 no 105.
- <sup>178</sup> See *Caillouet v. Zwei Bruderland, L.L.C.*, *supra*. note 157 at 759 ; *Thomas v. Sewell*, *supra*. note 157 at 914 (La. 1960).



- <sup>179</sup> The two terms, rescissions and relative nullity, are synonyms. See 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 369 no 407 n. 1.
- <sup>180</sup> BAUDOUIN & JOBIN, *supra*. note 46 at 239 no 263.
- <sup>181</sup> See e.g. BAUDOUIN & JOBIN, *supra*. note 46 at 243 no 267 (the authors talk about Q.C.C. art. 1406 (1)); OSSIPOW, *supra*. note 13 at 12.
- <sup>182</sup> 1 MURIEL FABRE-MAGNAN, DROIT DES OBLIGATIONS, CONTRAT ET ENGAGEMENT UNILATÉRAL 11 no 7 (1st ed., P.U.F. 2008).
- <sup>183</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 845 (1998-1999).
- <sup>184</sup> 1 MURIEL FABRE-MAGNAN, DROIT DES OBLIGATIONS, CONTRAT ET ENGAGEMENT UNILATÉRAL 11 no 7 (1st ed., P.U.F. 2008).
- <sup>185</sup> *Id.*
- <sup>186</sup> FRANÇOIS TERRÉ, INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT 13 no 15 (8th ed., Dalloz 2009).
- <sup>187</sup> GÉRARD CORNU ET AL., VOCABULAIRE JURIDIQUE 664 (9th ed., P.U.F. 2011).
- <sup>188</sup> *Id.*
- <sup>189</sup> As shown above, commutative justice aims at equality. Morality demands exactly the same thing, i.e., equality. It was noticed that "for a contract to be ... moral it must grant a party ... «the same amount [of value]» ..." . See Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 847 (1998-1999). Furthermore, it was said that "... le contrat immoral, c'est souvent le contrat inégal ..." (the immoral contract is often the unequal contract). See 2 JEAN CARBONNIER, DROIT CIVIL. LES BIENS. LES OBLIGATIONS 1947 no 932 (1st ed., «Quadrige», P.U.F. 2004). We may observe that immorality is inequality; *per a contrario*, morality would mean equality.
- <sup>190</sup> It was noticed that commutative justice and freedom, or security of contracts are enemies. See 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 370 no 409.
- <sup>191</sup> The writings of one author would suggest that autonomy of will bears this name: contractual freedom. See 2 JEAN CARBONNIER, DROIT CIVIL. LES BIENS. LES OBLIGATIONS 1945 no 931 (1st ed. «Quadrige», P.U.F. 2004).
- <sup>192</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 31 no 24 (10th ed., Dalloz 2009).
- <sup>193</sup> *Id.*
- <sup>194</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 871 (1998-1999). The emphasis should be placed on "freedom of contract", since consent may be embraced by something else (such as lesion, that is, contractual freedom's enemy). Briefly, though the author links consent and freedom of contract, we should read his words with great care, because consent may belong to freedom of contract's adversary (i.e., lesion), and not to the former (i.e., conventional liberty).
- <sup>195</sup> *Id.*
- <sup>196</sup> Equity is linked to equality. See GÉRARD CORNU ET AL., VOCABULAIRE JURIDIQUE 408 (9th ed., P.U.F. 2011) (equity means justice based on equality; thus, once again, what we notice is the presence of equality).
- <sup>197</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 850 (1998-1999).
- <sup>198</sup> The fact that *laesio enormis* was based on equity (that is, equality) is highlighted by a rescript attributed to Diocletian. C.4.44.2 mentions *expressis verbis* the word "equitable". For the text of the rescript, see Raymond Westbrook, *The Origin of Laesio Enormis*, at <http://www2.ulg.ac.be/vinator/rida/2008/03.Westbrook.pdf> (last accessed July 18, 2013).
- <sup>199</sup> For details, see Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 849 (1998-1999).
- <sup>200</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 849 (1998-1999). See, especially, the doctrine cited by the author.

<sup>201</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 319 no 306 (10th ed., Dalloz 2009).

<sup>202</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 842 (1998-1999).

<sup>203</sup> The La. Civ. C. of 1870 is "... substantially the Code of 1825". See A.N. Yiannopoulos, *The Civil Codes of Louisiana* 1 Civil Law Commentaries 1, 14 (2008). Thus, the La. Civ. C. of 1870 is a Code of the 19th century. Even if we were to assume that the 1870 Civil Code was one completely new we would still have to place it in the 19th century.

<sup>204</sup> 1 MURIEL FABRE-MAGNAN, DROIT DES OBLIGATIONS, CONTRAT ET ENGAGEMENT UNILATÉRAL 55 no 28 (1st ed., P.U.F. 2008).

<sup>205</sup> 1 JEAN-LOUIS BAUDOUIN & YVON RENAUD, CODE CIVIL DU QUÉBEC ANNOTÉ XII (15th ed., Wilson & Lafleur 2012).

<sup>206</sup> The doctrine of Québec, in talking about the 1866 Civil Code, says that the legislator embraced the reality of the epoch, and it assured the freedom of the human being. See 1 JEAN-LOUIS BAUDOUIN & YVON RENAUD, CODE CIVIL DU QUÉBEC ANNOTÉ X (15th ed., Wilson & Lafleur 2012). As underlined before, the reality of the epoch (*i.e.*, the 19th century) was that of contractual freedom; thus, embracing that reality is accepting contractual freedom. Furthermore, the words "*assured the freedom of the human being*" lead to the belief that the part of this freedom, represented by contractual liberty, was also taken into account.

<sup>207</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 35 no 31 (10th ed., Dalloz 2009).

<sup>208</sup> A.N. Yiannopoulos, *The Civil Codes of Louisiana* 1 Civil Law Commentaries 1, 17 (2008).

<sup>209</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 908 (1998-1999).

<sup>210</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 327 no 313 (10th ed., Dalloz 2009). See *e.g.* F.C.C. arts. 488 and 1305; *also* Q.C.C. art. 1405.

<sup>211</sup> A French author believes that F.C.C. arts. 1674-1685 are maintained because it is possible for real estate speculators to make profit by taking advantage of the ignorance of particular sellers. See ALAIN BÉNABENT, DROIT CIVIL. LES CONTRATS SPÉCIAUX CIVILS ET COMMERCIAUX 35 no 60 (9th ed., Montchrestien 2011). However, it is highly disputable if, in the context of French lesion, one should mention the idea of "*exploitation*". At least in regard to persons of full age and not under protection, French lesion is objective, it has nothing to do with the contractual partner's state of mind. See FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 328 no 314 (10th ed., Dalloz 2009).

In any case, I will discuss below the contradiction that one observes in Alain Bénabent's work on contracts.

<sup>212</sup> Cour de Cassation [Cass.] Req., Dec. 28, 1932, *in* 2 HENRI CAPITANT, FRANÇOIS TERRÉ & YVES LEQUETTE, LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE CIVILE 471 no 247 (11th ed., Dalloz 2000).

<sup>213</sup> 2 HENRI CAPITANT, FRANÇOIS TERRÉ & YVES LEQUETTE, LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE CIVILE 472 no 247 (11th ed., Dalloz 2000); 1 MURIEL FABRE-MAGNAN, DROIT DES OBLIGATIONS, CONTRAT ET ENGAGEMENT UNILATÉRAL 404 no 164 (1st ed., P.U.F. 2008).

<sup>214</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 319 no 306 (10th ed., Dalloz 2009).

<sup>215</sup> FRANÇOIS TERRÉ, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL. LES OBLIGATIONS 319 no 306 (10th ed., Dalloz 2009).

<sup>216</sup> 2 HENRI CAPITANT, FRANÇOIS TERRÉ & YVES LEQUETTE, LES GRANDS ARRÊTS DE LA JURISPRUDENCE CIVILE 472 no 247 (11th ed., Dalloz 2000); 2 JEAN CARBONNIER, DROIT CIVIL. LES BIENS. LES OBLIGATIONS 1996 no 959 (1st ed., «Quadrige», P.U.F. 2004).

<sup>217</sup> 1 MURIEL FABRE-MAGNAN, DROIT DES OBLIGATIONS, CONTRAT ET ENGAGEMENT UNILATÉRAL 406 no 164 (1st ed., P.U.F. 2008).

<sup>218</sup> *Fernandez v. Wilkinson*, 103 So. 537, 539 (La. 1925).

<sup>219</sup> The words of two authors are quite enlightening. They tell us that "... *il est aujourd'hui admis que ... la lesion ne repose pas sur un vice du consentement présumé*" (it is accepted today that lesion does not stand on a presumed vice of consent). See PHILIPPE MALINVAUD & DOMINIQUE FENOUILLET, DROIT DES OBLIGATIONS 240 no 313 (11th ed. Litec, 2010). At least for France, this can be seen in the

following manner: lesion does not have any connection with consent, and it cannot even be presumed that such a link would be present.

- <sup>220</sup> ALAIN BÉNABENT, DROIT CIVIL. LES CONTRATS SPÉCIAUX CIVILS ET COMMERCIAUX 35 no 60 (9th ed., Montchrestien 2011).
- <sup>221</sup> ALAIN BÉNABENT, DROIT CIVIL. LES CONTRATS SPÉCIAUX CIVILS ET COMMERCIAUX 35 no 60 (9th ed., Montchrestien 2011).
- <sup>222</sup> E. Allan Farnsworth, *Comparative Contract Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 908 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2008).
- <sup>223</sup> 3 RICHARD A. LORD, WILLISTON ON CONTRACTS 456 § 7:21 (West 2008).
- <sup>224</sup> E. Allan Farnsworth, *Comparative Contract Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 909 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2008).
- <sup>225</sup> 2 JOSEPH M. PERILLO & HELEN HADJIYANNAKIS BENDER, CORBIN ON CONTRACTS 65-66 § 5.14 (West 1995).
- <sup>226</sup> *Marcum v. Embry*, 282 So.2d 49, 54 (Ala. 1973).
- <sup>227</sup> 3 RICHARD A. LORD, WILLISTON ON CONTRACTS 469 § 7:21 (West 2008).
- <sup>228</sup> See e.g. *Preis v. Eversharp Inc.*, 154 F. Supp. 98, 101 (E.D. N.Y. 1957); *Carroll v. Lee*, 712 P.2d 923, 926-27 (Ariz. 1986); *Browning v. Johnson*, 422 P.2d 314, 316 (Wash. 1967); *Buckingham v. Wray II*, 366 N.W.2d 753, 756 (Neb. 1985).
- <sup>229</sup> *Osborne v. Locke Steel Chain Co.*, 218 A.2d 526, 532 (Conn. 1966); *Parker v. Slosberg*, 808 A.2d 351, 358, n. 12 (Conn. App. 2002) (this case cites *Osborne*); *Datto Inc., v. Braband*, 856 F. Supp.2d 354, 366 (D. Conn. 2012) (*Datto* also refers to *Osborne*).
- <sup>230</sup> See 2 JOSEPH M. PERILLO & HELEN HADJIYANNAKIS BENDER, CORBIN ON CONTRACTS 74 § 5.15 (West 1995).
- <sup>231</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY 79 (9th ed., 2009).
- <sup>232</sup> *Hume v. United States*, 10 S. Ct. 134, 136 (1889) (“... no man in his senses and not under delusion would make on the one hand, and as no honest and fair man would accept on the other; which are unequitable and unconscientious bargains”).
- <sup>233</sup> § 208 of the Restatement (Second) of Contracts highlights that “if a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result”. Comment c) to § 208 discusses about the imbalance that is present.
- <sup>234</sup> For details on Equity and its relation to the Common Law, see e.g. RENÉ DAVID & CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS 236-39 nos 231-34, 251-58 nos 248-57 (11th ed., Dalloz 2002); JOHN W. HEAD, GREAT LEGAL TRADITIONS. CIVIL LAW, COMMON LAW, AND CHINESE LAW IN HISTORICAL AND OPERATIONAL PERSPECTIVE 354-64 (Carolina Academic Press 2011).
- <sup>235</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS 326 § 4.28 (2nd ed., Little, Brown & Co. 1990). In reaching his conclusion as to the nature of unconscionability, Farnsworth seems to rely on a court decision: *County Asphalt Inc. v. Lewis Welding & Engr. Corp.*, 444 F. 2d 372, 379 (2d Cir. 1971) (the federal judicial organism said the following: “... the discretionary power to grant equitable relief according to the ‘conscience’ of the chancellor was so unmistakably a matter for the equity ...”). The court’s statement does appear to place unconscionability on Equity’s field.
- <sup>236</sup> For a detailed discussion on § 2-302 of the UCC, see e.g. Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause* 115 Univ. Pa. L. Rev. 485 ff. (1967). This section was characterized as being probably the most important statutory codification of the doctrine of unconscionability. See Richard A. Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal* 18 J.L. & Econ. 293, 294-95 n. 6 (1975). § 2-302 puts into the light the following: “(1) if the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result; (2) when it is claimed or appears

to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination”.

<sup>237</sup> See e.g. *Zapatha v. Dairy Mart Inc.*, 408 N.E.2d 1370, 1375 (Mass. 1980) (franchise agreement and § 2-302 of the UCC: “we view the legislative statements of policy concerning good faith and unconscionability as fairly applicable to all aspects of the franchise agreement, not by subjecting the franchise relationship to the provisions of the sales article but rather by applying the stated principles by analogy”); *Weaver v. American Oil Co.*, 276 N.E.2d 144 (Ind. 1971) (the court said that if the case had involved a sale of goods, there would have been unconscionability, under UCC § 2-302; the issue was a gas station lease, but the court still relied on the doctrine of unconscionable contract); *Ellsworth Dobbs, Inc. v. Johnson*, 236 A.2d 843, 857 (N.J. 1976) (a real estate brokerage contract was the focus of the discussion; the court said that “whenever there is substantial inequality of bargaining power, position or advantage between the broker and the other party involved, any form of agreement designed to create liability on the part of the owner for commission upon the signing of a contract to sell to a prospective buyer, brought forward by the broker, even though consummation of the sale is frustrated by the inability or the unwillingness of the buyer to pay the purchase money and close the title, we regard as so contrary to the common understanding of men, and also so contrary to common fairness, as to require a court to condemn it as unconscionable”).

<sup>238</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* 325 § 4.28 (2nd ed., Little, Brown & Co. 1990).

<sup>239</sup> § 5.108 provides the following: “(1) with respect to a transaction that is, gives rise to, or leads the debtor to believe will give rise to, a consumer credit transaction, if the court as a matter of law finds: (a) the agreement or transaction to have been unconscionable at the time it was made, or to have been induced by unconscionable conduct, the court may refuse to enforce the agreement; or (b) any term or part of the agreement or transaction to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the agreement, enforce the remainder of the agreement without the unconscionable term or part, or so limit the application of any unconscionable term or part as to avoid any unconscionable result; (2) with respect to a consumer credit transaction, if the court as a matter of law finds that a person has engaged in, is engaging in, or is likely to engage in unconscionable conduct in collecting a debt arising from that transaction, the court may grant an injunction and award the consumer any actual damages he has sustained; (3) if it is claimed or appears to the court that the agreement or transaction or any term or part thereof may be unconscionable, or that a person has engaged in, is engaging in, or is likely to engage in unconscionable conduct in collecting a debt, the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to the setting, purpose, and effect of the agreement or transaction or term or part thereof, or of the conduct, to aid the court in making the determination; (4) in applying subsection (1), consideration shall be given to each of the following factors, among others, as applicable: (a) belief by the seller, lessor, or lender at the time a transaction is entered into that there is no reasonable probability of payment in full of the obligation by the consumer or debtor; (b) in the case of a consumer credit sale or consumer lease, knowledge by the seller or lessor at the time of the sale or lease of the inability of the consumer to receive substantial benefits from the property or services sold or leased; (c) in the case of a consumer credit sale or consumer lease, gross disparity between the price of the property or services sold or leased and the value of the property or services measured by the price at which similar property or services are readily obtainable in credit transactions by like consumers; (d) the fact that the creditor contracted for or received separate charges for insurance with respect to a consumer credit sale or consumer loan with the effect of making the sale or loan, considered as a whole, unconscionable; and (e) the fact that the seller, lessor, or lender has knowingly taken advantage of the inability of the consumer or debtor reasonably to protect his interests by reason of physical or mental infirmities, ignorance, illiteracy, inability to understand

the language of the agreement, or similar factors; (5) in applying subsection (2), consideration shall be given to each of the following factors, among others, as applicable: (a) using or threatening to use force, violence, or criminal prosecution against the consumer or members of his family; (b) communicating with the consumer or a member of his family at frequent intervals or at unusual hours or under other circumstances so that it is a reasonable inference that the primary purpose of the communication was to harass the consumer; (c) using fraudulent, deceptive, or misleading representations such as a communication which simulates legal process or which gives the appearance of being authorized, issued, or approved by a government, governmental agency, or attorney at law when it is not, or threatening or attempting to enforce a right with knowledge or reason to know that the right does not exist; (d) causing or threatening to cause injury to the consumer's reputation or economic status by disclosing information affecting the consumer's reputation for credit-worthiness with knowledge or reason to know that the information is false; communicating with the consumer's employer before obtaining a final judgment against the consumer, except as permitted by statute or to verify the consumer's employment; disclosing to a person, with knowledge or reason to know that the person does not have a legitimate business need for the information, or in any way prohibited by statute, information affecting the consumer's credit or other reputation; or disclosing information concerning the existence of a debt known to be disputed by the consumer without disclosing that fact; and (e) engaging in conduct with knowledge that like conduct has been restrained or enjoined by a court in a civil action by the Administrator against any person pursuant to the provisions on injunctions against fraudulent or unconscionable agreements or conduct (Section 6.111); (6) if in an action in which unconscionability is claimed the court finds unconscionability pursuant to subsection (1) or (2), the court shall award reasonable fees to the attorney for the consumer or debtor; if the court does not find unconscionability and the consumer or debtor claiming unconscionability has brought or maintained an action he knew to be groundless, the court shall award reasonable fees to the attorney for the party against whom the claim is made; in determining attorney's fees, the amount of the recovery on behalf of the consumer is not controlling; (7) the remedies of this section are in addition to remedies otherwise available for the same conduct under law other than this Act, but double recovery of actual damages may not be had; (8) for the purpose of this section, a charge or practice expressly permitted by this Act is not in itself unconscionable".

<sup>240</sup> § 4 underlines this: "(a) an unconscionable act or practice by a supplier in connection with a consumer transaction violates this Act whether it occurs before, during, or after the transaction; (b) the unconscionability of an act or practice is a question of law for the court; if it is claimed or appears to the court that an act or practice may be unconscionable, the parties shall be given a reasonable opportunity to present evidence as to its setting, purpose, and effect to aid the court in making its determination; (c) in determining whether an act or practice is unconscionable, the court shall consider circumstances such as the following of which the supplier knew or had reason to know: (1) that he took advantage of the inability of the consumer reasonably to protect his interests because of his physical infirmity, ignorance, illiteracy, inability to understand the language of an agreement, or similar factors; (2) that when the consumer transaction was entered into the price grossly exceeded the price at which similar property or services were readily obtainable in similar transaction by like consumers; (3) that when the consumer transaction was entered into the consumer was unable to receive a substantial benefit from the subject of the transaction; (4) that when the consumer transaction was entered into there was no reasonable probability of payment of the obligation in full by the consumer; (5) that the transaction he induced the consumer to enter into was excessively one-sided in favor of the supplier; or (6) that he made a misleading statement of opinion on which the consumer was likely to rely to his detriment".

<sup>241</sup> § 1-311 indicates that "(a) the court, upon finding as a matter of law that a contract or contract clause was unconscionable at the time the contract was made, may refuse to enforce the contract,

enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or limit the application of any unconscionable clause in order to avoid an unconscionable result; (b) whenever it is claimed, or appears to the court, that a contract or any contract clause is or may be unconscionable, the parties, in order to aid the court in making the determination, shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to: (1) the commercial setting of the negotiations; (2) whether a party has knowingly taken advantage of the inability of the other party reasonably to protect his interests by reason of physical or mental infirmity, illiteracy, or inability to understand the language of the agreement, or similar factors; (3) the effect and purpose of the contract or clause; and (4) if a sale, any gross disparity, at the time of contracting, between the amount charged for the real estate and the value of the real estate measured by the price at which similar real estate was readily obtainable in similar transactions, but a disparity between the contract price and the value of the real estate measured by the price at which similar real estate was readily obtainable in similar transactions does not, of itself, render the contract unconscionable”.

<sup>242</sup> § 1.303 shows that “(a) if the court, as a matter of law, finds (1) a rental agreement or any provision thereof was unconscionable when made, the court may refuse to enforce the agreement, enforce the remainder of the agreement without the unconscionable provision, or limit the application of any unconscionable provision to avoid an unconscionable result; or (2) a settlement in which a party waives or agrees to forego a claim or right under this Act or under a rental agreement was unconscionable when made, the court may refuse to enforce the settlement, enforce the remainder of the settlement without the unconscionable provision, or limit the application of any unconscionable provision to avoid an unconscionable result; (b) if unconscionability is put into issue by a party or by the court upon its own motion the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to the setting, purpose, and effect of the rental agreement or settlement to aid the court in making the determination”.

<sup>243</sup> *Jones v. Star Credit Corp.*, 298 N.Y.S. 2d 264 (Sup. Ct. 1969).

<sup>244</sup> *Id.* at 267.

<sup>245</sup> E. ALLAN FARNSWORTH, *CONTRACTS* 325 § 4.28 (2nd ed., Little, Brown & Co. 1990).

<sup>246</sup> See Comment to § 1.303 (Westlaw current through 2012 Annual Meeting of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws).

<sup>247</sup> See Uniform Consumer Credit Code § 5.108(4)(e); Uniform Consumer Sales Practices Act § 4(c)(1); Uniform Land Transactions Act § 1-311(b)(2).

<sup>248</sup> James Gordley, *Equality in Exchange* 69 Cal. L. Rev. 1587, 1649 (1981).

<sup>249</sup> Of course, as indicated above (*supra*. no 11), some other clarifications may be found.

<sup>250</sup> In the Common Law tradition, just like in the Civilian one, freedom of contract has a great importance. On two occasions the United States Supreme Court underlined that contractual freedom has a constitutional value. See *Allgeyer v. Louisiana*, 17 S.Ct. 427, 431 (1897) and *Lochner v. New York*, 25 S.Ct. 539, 539 (1905).

<sup>251</sup> See e.g. *Mandel v. Liebman*, 100 N.E.2d 149, 152 (N.Y. Ct. App. 1951) (“it is commonplace, of course, that adult persons, suffering from no disabilities, have complete freedom of contract and that the courts will not inquire into the adequacy of the consideration”). To be assured, freedom of contracts remains one of the tenets of contract law. See Robert A. Hilmann, *Debunking Some Myths About Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 Cornell L. Rev. 1 (1981-1982).

<sup>252</sup> RENÉ DAVID & CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS* 254 no 253 (11th ed., Dalloz 2002).

<sup>253</sup> 3 RICHARD A. LORD, *WILLISTON ON CONTRACTS* 465-68 § 7:21 (West 2008). See *U.S. v. Crobarger*, 343 F. Supp. 2d 1048, 1057 (D. Utah 2004) (the court cited “the eminent Williston”, and it said the following: “...the fact that the relative value or worth of the exchange is unequal is irrelevant ...; the rule is almost as old as the doctrine of consideration itself”).

- <sup>254</sup> RENÉ DAVID & CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, *LES GRANDS SYSTÈMES DE DROIT CONTEMPORAINS* 251 no 248 (11th ed., Dalloz 2002).
- <sup>255</sup> For Louisiana, see Vernon Valentine Palmer & Matthew Sheynes, *Louisiana*, in *MIXED JURISDICTIONS WORLDWIDE. THE THIRD LEGAL FAMILY* 300 (Vernon Valentine Palmer ed., Cambridge University Press 2001) (the authors tell us that “*a separate court of equity does not and has never existed in Louisiana*”). Of course, as far as I am aware, Louisiana jurists are not in the habit of distinguishing between legal and equitable remedies.
- <sup>256</sup> By “*codal lesions*” I mean the provisions of the Civil Codes relating to lesion.
- <sup>257</sup> See e.g. Uniform Land Transactions Act § 1-311 (b)(1), (3).
- <sup>258</sup> In *Jones*, the plaintiffs paid \$619.88, and a balance of \$819.81 was still due. See *Jones v. Star Credit Corp.*, *supra*. note 242 at 265. The court indicated that “... *the application of the payment provision should be limited to amounts already paid by the plaintiffs and the contract be reformed* ...”. *Id.* at 268. It is rather clear that unconscionability generated the alteration of the contract.
- <sup>259</sup> As I have already indicated, in the context of unconscionability, one finds this idea: a party was taken advantage of. Thus, this party was exploited, which suggests that his or her consent was problematic.
- <sup>260</sup> Larry DiMatteo, *The History of Natural Law Theory: Transforming Embedded Influences into a Fuller Understanding of Modern Contract Law* 60 U. Pitt. L. Rev. 839, 844 (1998-1999).
- <sup>261</sup> Some functional equivalents have been briefly announced above.
- <sup>262</sup> “*Vice*” and “*defect*” are synonym terms. See PHILLIPE LE TOURNEAU, *DROIT DE LA RESPONSABILITÉ ET DES CONTRATS. RÉGIMES D’INDEMNISATION* 1570 no 6079 (9th ed., Dalloz Action 2012). The vice of the thing makes it inappropriate for it being used according to its normal destination. See *Id.* at 1571 no 6080. For instance, a court decided that it is affected by a hidden vice an agitated horse whose destination consisted in being used for promenade or labor. See *St-Denis c. Pontbriand*, (C.A., 2002-09-26), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 2526. The defect is considered hidden when it could not have been discovered by an expert of normal competence. See *Blanchard c. Foster*, (C.Q., 2002-09-13), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 2526.
- <sup>263</sup> GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 22.
- <sup>264</sup> *Duchesne c. Boissoneault*, (C.Q., 1999-07-22), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 2516.
- <sup>265</sup> LE TOURNEAU, *supra*. note 261 at 1584 no 6121.
- <sup>266</sup> Of course, one might argue that, in the case of a hidden vice, the purchaser could also claim error on the substance of the object. However, it seems that today the French Court of Cassation rejects this possibility. See Cour de Cassation [Cass.], 3e civ., June 7, 2000, in 2 CAPITANT, TERRÉ & LEQUETTE, *supra*. note 59 at 721 (the supreme court held that the hidden vice was the only foundation for the buyer’s action, and that she could not invoke the error). It must be said, nevertheless, that even if the buyer cannot invoke error, this does not mean that an error is not involved. Error may be present, but it is not permitted to speak of it. This would indicate that some issue of consent hides behind *actio aestimatoria*.
- <sup>267</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 215 no 208.
- <sup>268</sup> For details, see *Id.* at 216 no 209.
- <sup>269</sup> *Id.* at 228 no 220.
- <sup>270</sup> *Id.*
- <sup>271</sup> See *Lépine c. Khalid*, (C.A., 2004-09-08), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1691.
- <sup>272</sup> For the possible conceptions regarding error on the substance of the object, see TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 219-20 no 215.
- <sup>273</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 234 no 228.
- <sup>274</sup> *Id.* at 241 no 237.
- <sup>275</sup> *Boghossian c. Plantek Design inc.*, (C.S., 2008-11-13), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1690.

- <sup>276</sup> For the remedies at hand in case of fraud, see TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 244-45 nos 239-40.
- <sup>277</sup> *Id.* at 245 no 240.
- <sup>278</sup> *Id.* at 246 no 241.
- <sup>279</sup> *Gelber c. Kwinter (Estate of)*, (C.S., 2007-04-05), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1706.
- <sup>280</sup> *S.B. c. J.F.*, (C.Q., 2007-04-18), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1708.
- <sup>281</sup> *Gravel c. Traders General Insurance Co.*, (C.S., 1961-11-16), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1707.
- <sup>282</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 110 no 95.
- <sup>283</sup> For details, see *Id.* at 111 no 97.
- <sup>284</sup> *Id.* at 112 no 98.
- <sup>285</sup> See e.g. *Thibodeau c. Thibodeau*, [1961] R.C.S. 285, in MAURICE TANCELIN & DANIEL GARDNER, JURISPRUDENCE COMMENTÉE SUR LES OBLIGATIONS 6-7 (5h ed., Wilson & LaFleur 1992). The case involved two brothers and two sales. Oscar Thibodeau was mentally ill, and thus incapable of making the contracts. The sales were annulled by the Supreme Court.
- <sup>286</sup> For the various meanings of the word “cause” in the Civil Law Tradition, see GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 137-38.
- <sup>287</sup> See PINEAU, BURMAN & GAUDET, *supra*. note 97 at 290 no 144.
- <sup>288</sup> GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 137.
- <sup>289</sup> *Id.*
- <sup>290</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 368 no 357.
- <sup>291</sup> *Id.* See the doctrine that the authors cite at n. 3.
- <sup>292</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 331-32 no 324. See also the French Code of Consumer art. L 132-1 (1).
- <sup>293</sup> See Q.C.C. art. 1437 and the Commentaries of the Minister of Justice, in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1768.
- <sup>294</sup> See e.g. *Latreille c. Industrielle Alliance (L’), compagnie d’assurance sur la vie*, (C.A., 2009-07-29), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1768.
- <sup>295</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 332 no 324.
- <sup>296</sup> See e.g. *Service aux marchands détaillants Itée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, (C.A., 2006-10-16), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1769. The court says that analyzing the value of the prestations allows to determine whether a clause is abusive or not. This would indicate that a clause that creates disproportion (e.g., the value of a prestation is inferior to that of the other prestation) might be qualified as an abusive provision. Of course, the value is a criterion for establishing if there is an abusive clause in the contract. In some situations, good faith is the element to be taken into account. See *Location Rompré Itée c. Guillemette*, (C.Q., 2005-04-01), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1769.
- <sup>297</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 334 no 325. In my view, this conclusion is generated by these word of Terré, Simler and Lequette: “comment savoir, en effet, lors de la rédaction du contrat, si la clause qui y est insérée entraîne ou non un déséquilibre significatif ... ?” (how should it be known, from the moment the contract is made, if the clause inserted in it generates or not a significant imbalance?). It appears that everything takes place at the initial moment, that is, when the convention is born.
- <sup>298</sup> Cour de Cassation [Cass.], 1e civ., Dec. 13, 2012 (Fr.); see the following link: <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20121213-1127766> (last visited, May 14, 2013). The student was enrolled for the 2008-2009 academic year. When the contract was made (July, 2008) she paid a part of the education taxes. In September 2008 she decided to quit school. At that moment, the education professional demanded the rest of the taxes.
- <sup>299</sup> *Latreille c. Industrielle-Alliance (L’), compagnie d’assurance sur la vie*, (C.S., 2007-12-18), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1768.



<sup>300</sup> The abusive clause is “*réputée non écrite*” (considered not written). See TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 340 no 329. In other words, the imbalance generated by this sort of clause disappears, just as it happens when relative nullity is observed in a contract affected by lesion.

<sup>301</sup> Art. 1406 (1) of the Q.C.C. would suggest such a conclusion, because it uses the expression “*disproportion importante entre les prestations des parties*” (important disproportion between the prestations of the parties). This means that the value or the amount of prestations is always an issue that lesion is concerned with, and the two performances need to be compared; mathematics cannot be ignored.

<sup>302</sup> For instance, good faith may be the criterion for determining the abusive character of a clause. See *Location Rompré Itée c. Guillemette*, (C.Q., 2005-04-01), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1769.

<sup>303</sup> *Service aux marchands détaillants Itée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, (C.A., 2006-10-16), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1769.

<sup>304</sup> *Location Rompré Itée c. Guillemette*, (C.Q., 2005-04-01), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 1769 (good faith is what the court talked about).

<sup>305</sup> See PHILIPPE MALINVAUD & DOMINIQUE FENOUILLET, *DROIT DES OBLIGATIONS* 253 no 326 (11th ed. Litec, 2010).

<sup>306</sup> GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 948.

<sup>307</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 316 no 310.

<sup>308</sup> See Q.C.C. art. 2332.

<sup>309</sup> See TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 76 no 64.

<sup>310</sup> See e.g. *Hamel c. Assurance-vie Desjardins (L')*, (C.A., 1986-12-10) and *Banque Laurentienne du Canada c. 9058-1398 Québec inc.*, (C.S., 2007-05-01), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 3326. The cases are cited under Q.C.C. art. 2314; this text envisages, among others, the loan of money.

<sup>311</sup> It is of great importance to understand the mechanism of loan. This contract, qualified as real, is intimately connected to things (*i.e.*, *res*). The convention is valid only when the lender “delivers” the thing; until that moment there is no contract. The instant the lender transmits the thing (*e.g.*, a sum of money) there is a contract; of course, from then on, the lender has only rights (*i.e.*, to receive the sum), whereas the borrower has solely obligations (*i.e.*, restitution of the money).

<sup>312</sup> See e.g. GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 948.

<sup>313</sup> I will emphasize once again that lesion and usury are technically different; the advantages involved in their context work in distinct manners. To demonstrate this assertion I will use two examples; one relates to lesion, and the other to usury.

Let us suppose that A agrees to sell to B an immovable that is worth \$50,000 for a price of \$20,000. We see here that there is a disproportion between advantages. B’s benefit (delivery of immovable) is colossal in comparison to A’s (to receive \$20,000). Of course, every advantage involved here is an illustration of a contractual prestation. In other words, the same element is a prestation for one party, and an advantage for the other. Delivery of the thing is a prestation for A (seller) and an advantage for B (buyer). The payment of the sum of money is a prestation for B (purchaser) and an advantage for A (vendor).

Now, let us suppose that C lends \$50,000 dollars to D with an interest of 300% per year. The loan is formed when the sum was handed to D. From that instant C is only obligee, and D is solely an obligor. Of course, every party has an advantage: C will receive the sum with interest; D’s benefit is the fact that he can enjoy \$50,000 in order to satisfy whatever need he might have. However, this time, not every advantage is an illustration of a conventional prestation. D’s advantage is not an illustration of a prestation imposed on C by the contract; when D got his advantage, there was no contract which imposed a duty on C. C’s transfer of the money gave birth to a contract, without being a prestation created by the convention. The example with the sale involved transfers that were generated by a contract in existence.

<sup>314</sup> It should be noted that leonine clauses are not limited to contracts of partnership. For a broad definition, see GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 543.

<sup>315</sup> TERRÉ, SIMLER & LEQUETTE, *supra*. note 40 at 316 no 310. A leonine clause may as well spare one of the associates of every loss, or impose the entire burden on the shoulders of a single party. *Id*.

<sup>316</sup> The word “*leonine*” has its source in the following fable: “...*the lion ... hunted in partnership with ... smaller beasts, and appropriated the whole product of the chase to himself*”. See *Consolidated Bank v. State*, 5 La. Ann. 44, 46 (1850).

<sup>317</sup> *Cimon c. Arès*, (C.A., 2005-01-14), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 3212.

<sup>318</sup> JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 150 § 4.1 (6th ed., West, 2009).

<sup>319</sup> *Matter of Deed of Trust of Owen*, 303 S.E. 2d 351, 353 (N.C. App. 1983).

<sup>320</sup> JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 154 § 4.4 (6th ed., West, 2009).

<sup>321</sup> BLACK’S LAW DICTIONARY 348 (9th ed., 2009).

<sup>322</sup> For the presentation of the view according to which the solution is unenforceability, see JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS 159 § 4.7 (6th ed., West 2009).

<sup>323</sup> See e.g. *Québec inc. (Comspec) c. Harvey*, (C.S., 2006-08-10), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 2330).

<sup>324</sup> Q.C.C. art. 1623 (2) contains the following: “... *the amount of the stipulated penalty may be reduced if the creditor has benefited from partial performance of the obligation or if the clause is abusive*”. The debtor is the one who is bound to prove the abusive character of the penal clause. See *Pascan Aviation inc. c. Di Marzio*, (C.S., 2009-01-06), in 2 BAUDOIN & RENAUD, *supra*. note 47 at 2338.

<sup>325</sup> In its pertinent part, art. 1152 indicates that the judge may reduce the stipulated penalty if it is manifestly excessive. See e.g. Cour de Cassation [Cass.], 3e civ., April 16, 2013 (Fr.) at <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20130416-1215190> (last visited May 24, 2013). The French Supreme Court suggested that a penalty in amount of 35,000 euros could have been reduced on grounds of art. 1152.

<sup>326</sup> Perhaps a more specific example will be helpful. Let us suppose that A and B make a sale. A has the obligation to pay \$5,000 and B has the duty to deliver a car. Let us suppose that the seller is in a great need for money. The moment the contract is made, the parties insert a penal clause according to which B's failure to perform will generate the duty to pay \$10,000 in damages. B's need to obtain the price makes him accept a colossal penal clause.

This illustration brings into the light the primordial imbalance between advantages: A's advantage (*i.e.*, delivery of the car in his favor and possibility to obtain \$10,000) greatly outweighs B's advantage (*i.e.*, reception of \$5,000). Furthermore, the example highlights the problem of consent that affects B (his need for money subjects him to exploitation, as he accepts an excessive penal clause).

<sup>327</sup> The commissory pact (or *pacte comissoire*) in regard to real securities may be defined as a contractual clause that attaches to the non-performance of the secured debt the effect of making the creditor owner of the thing. The authors offer an example of a codal text that talks about this type of pact: F.C.C. art. 2459. See GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 651-52.

<sup>328</sup> Real securities are the ones that bear on things and which offer to the creditor, for the security of his credit right, the value of the thing subjected to them. See GÉRARD CORNU ET AL., *supra*. note 12 at 900.

<sup>329</sup> *La dation en paiement* was defined as a manner of extinguishing an obligation by performing a different prestation than the one initially due. See Jean-François Hamelin, *Dation en paiement*, in Répertoire civil Dalloz 1, 2 no 1 (2012).

<sup>330</sup> As one author observed, “... *la doctrine et la jurisprudence dominantes considèrent que le pacte comissoire réalise moins une vente qu’une dation en paiement*” [the dominant doctrine and jurisprudence believe that the commissory pact involves a *dation en paiement* rather than a sale]. See Sophie Hébert, *Le pacte comissoire après l’ordonnance du 23 mars 2006*, 29 Dalloz (Chronique) 2052, 2057 (2007). Briefly, *lex commissoria* operates a *dation en paiement*, simply because the creditor obtains a different element (*i.e.*, the thing) than the one initially due to him (*i.e.*, a credit right).

<sup>331</sup> F.C.C. art. 2460 states that “... l'immeuble doit être estimé par expert désigné à l'amiable ou judiciairement; si sa valeur excède le montant de la dette garantie, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ...” [the value of the immovable must be determined by an expert agreed upon by the parties or established by the court; if the value of the immovable exceeds the amount of the secured debt, the creditor owes to the debtor the difference].

<sup>332</sup> I have used the expression “to some extent” because the field of application is a delicate issue. All three jurisdictions are similar and different, in regard to lesion’s realm: they are similar, because lesion is limited; they are distinct when we think about the situation of minors and persons of full age under protection.

<sup>333</sup> 3 RICHARD A. LORD, WILLISTON ON CONTRACTS 486 § 7:21 (West 2008).

<sup>334</sup> Perhaps it would not be exaggerated to assume that equivalence functionalism was created so that one can find different means that are equivalent in different juridical systems; after all, the functional method is analyzed in the context of comparative law; see ZWEIGERT & KÖTZ, *supra*. note 10 at 34, where “functionality” is chained to “comparative law”. Nonetheless, does this mean that functional equivalents cannot exist within the same juridical system? One might say that, in reality, nothing stands in the way of finding functional equivalents in the same system. Let us take the example of France. This system knows the mechanism of vices of consent and that of lesion. The two doctrines are functional equivalents, though they operate in the same system.

Of course, functional equivalents must be searched especially in different legal system. This time, let us look at France and Québec; the sale of immovables will be the working material. Québec allows vices of consent in such a sale. France allows lesion in the same contract. When there is a disproportion in a sale and the courts desire to assure balance, Québec might use a vice of consent (*e.g.*, fraud), and France could apply lesion.

In Part IV I have talked about lesion and its other civilian functional equivalents (*e.g.*, capacity, vices of consent, objective cause). One might say that lesion and these other doctrines are functionally equivalent both in different systems, and within the same legal system; maybe the example indicated in this footnote in regard to lesion and the vices of consent is clarifying.

<sup>335</sup> See *e.g.* Cour de Cassation [Cass.], 1e civ., March 3, 1998 (Fr.), <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19980303-9515799> (last visited May 15, 2013). The French Court of Cassation decided the reduction of attorney fees, because it found them to be excessive in comparison to the provided services. In the doctrine’s eyes, such a solution is linked to objective cause. See 3 LARROUMET, *supra*. note 7 at 376 no 412.