

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 3/2009
iulie-septembrie

CUPRINS / TABLE DE MATIÈRES

- » **Studii** : Laura Retegan - CESIUNEA DE CREAŢĂ ÎN RAPORT CU ALTE OPERAŢIUNI JURIDICE TRIUNGHIULARE 3

- » **Studii** : Ana-Cristina Badita - O PRIVIRE ASUPRA SISTEMULUI TORRENS DE PUBLICITATE IMOBILIARĂ / A view on the Torrens system..... 29

- » **Articole** : Bjarne Melkevik - THE CONCEPT OF LAW AND CONTEMPORARY PHILOSOPHICAL REFLECTION..... 51

- » **Articole** : Andrea Annamaria Chis - PROTECTION OF DATABASES - THE SUI GENERIS RIGHT 61

- » **Articole** : Aron Samu - AREN'T DECISIONS IN THE INTEREST OF THE LAW ACTUALLY INTERPRETATIVE LAWS? A THEORETICAL STUDY, GROUNDED IN CONSTITUTIONAL LAW AND JURISPRUDENCE, OF THE LEGAL CONCEPTS OF REVIEW IN THE INTEREST OF THE LAW AND DECISION IN THE INTEREST OF THE LAW 74

- » **Articole** : Diana Bere - FUNDAMENTELE REZERVEI SUCCESORALE / Les fondements de la réserve successorale..... 121

- » **Articole** : Ovidiu Petrenciu - MATRIMONIAL CONVENTIONS AND SAME-SEX MARRIAGES. COMPARING THE NETHERLANDS, ENGLAND AND USA LAW 153

- » **Recenzii** : DIANA OLAR - Raluca Miga-Besteliu, *Drept internațional public*, volumul I, Editura All Beck, Bucuresti, 2005, volumul II, Editura C.H. Beck, București, 2008 181

- » **Recenzii** : MEDA BOROSTEANU - Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului. (IV) Probarea în dreptul pozitiv*, Ed. C.H. Beck, Bucurști, 2008, 376 p..... 185

CESIUNEA DE CREANȚĂ ÎN RAPORT CU ALTE OPERAȚIUNI JURIDICE TRIUNGHIULARE

Laura RETEGAN*

Summary : *The assignment of rights is a bilateral contract, but its specific effect occurs beyond the assignor and the assignee, namely in relation to the debtor which, from the moment when the applicability formalities have been completed, has to fulfill its obligation towards the assignee. Thus, the assignment of rights is included in the category of legal triangular operations.*

In time, the assignment of rights has acquired autonomy, distinguishing from other legal mechanisms by which the dynamics of the obligation are achieved and whose common denominator is that they establish relations among three parties. This is the case especially with the subrogation to the creditor's rights, the transfer of obligations, the assignment of contracts and the novation by the creditor's change.

Rezumat: *Cesiunea de creanță este un contract bilateral, dar efectul specific al acesteia se produce dincolo de cedent și cesionar, respectiv în raport cu debitorul cedat care, din momentul îndeplinirii formelor de opozabilitate, urmează să-și îndeplinească obligația față de cesionar. Astfel, cesiunea de creanță se înscrie în categoria operațiunilor juridice triunghiulare.*

De-a lungul timpului cesiunea de creanță și-a dobândit autonomia distingându-se de alte mecanisme juridice prin intermediul cărora se realizează dinamica legăturii obligaționale și al căror numitor comun constă în aceea că pun în relație trei persoane. Este cazul în special al subrogației în drepturile creditorului, cesiunii de datorie, cesiunii de contract și novației prin schimbarea creditorului.

Key words: assignment of rights, subrogation, transfer of obligations, assignment of contracts, novation

Cuvinte-cheie: cesiunea de creanță, subrogația, cesiunea de datorie, cesiunea de contract, novația

1. Cesiunea de creanță - operațiune juridică triunghiulară

Cesiunea de creanță, mijloc de mobilizare a creanțelor, presupune punerea în scenă a trei persoane, respectiv cedentul, cesionarul și debitorul cedat, producând efecte distincte raportat la patrimoniul fiecăruia dintre aceștia. O atare abordare justifică includerea cesiunii de creanță în cadrul operațiunilor juridice triunghiulare.

Astfel, dezvoltând o teorie a operațiilor juridice între trei persoane s-a arătat că o instituție juridică își demonstrează apartenența la această categorie atâta vreme cât „convenția care privește trei interesați are ca efect antrenarea creării unei legături de drept doar între doi dintre aceștia”¹.

O operațiune poate implica încă de la origine trei persoane, însă la fel de bine este posibil ca raportul juridic inițial bilateral să facă, în cursul existenței sale, obiectul unei operațiuni triunghiulare, în sensul că un alt raport se grefează pe acesta, astfel că obligația urmează să producă efecte între trei persoane.² Cesiunea de creanță se încadrează în această din urmă specie, în sensul că deși debitorul nu consimte la operațiune, are loc o schimbare a creditorului primar. Prin urmare, efectul specific al cesiunii de creanță se produce dincolo de cedent și cesionar, respectiv în raport cu debitorul cedat care, din momentul îndeplinirii formelor de opozabilitate, urmează să-și îndeplinească obligația față de cesionar.

Însă există și alte mecanisme juridice prin intermediul cărora se realizează dinamica legăturii obligaționale și al căror numitor comun constă în aceea că pun în relație trei persoane. După cum acestea antrenează sau nu stingerea raportului juridic, pe de o parte, putem vorbi de operațiuni juridice translativă între trei persoane, iar de cealaltă parte de operațiuni juridice constitutive între trei persoane.

Cesiunea de creanță reprezintă dreptul comun în materia operațiunilor juridice translativă triunghiulare. Subrogația se înscrie pe aceeași linie translativă, dar se îndepărtează de cesiunea de creanță sub aspectul regimului juridic.

Pornindu-se de la faptul că dreptul și obligația constituie aversul și reversul aceluiași fenomen, respectiv legătura obligațională³, s-a încercat imaginarea unui mecanism de transmitere a laturii pasive a obligației simetric cesiunii de creanță. Demersul s-a dovedit a fi unul sinuos și s-a împiedicat de faptul că prin înlocuirea debitorului situația creditorului riscă să fie afectată. În contextul analizării transmiterii laturii pasive a raportului obligațional s-a pus în discuție transmiterea întregului contract, figură juridică care a primit în doctrină denumirea de cesiune de contract. Etalonul de la care s-a pornit pentru conturarea acestor două mecanisme îl reprezintă cesiunea de creanță.

Fiecare dintre aceste moduri de transmitere se caracterizează printr-o atingere adusă efectului relativ al unei legături obligaționale, operând, după caz, o schimbare de creditor, debitor sau de poziție contractuală prin surmontarea obstacolelor impuse de principiul amintit.

Aparent cesiunea de creanță se apropie de instituția novației prin schimbarea creditorului. Înrudirea dintre cele două este însă înșelătoare, întrucât novația este o operațiune atributivă care presupune crearea unei noi obligații.

2. Subrogația în drepturile creditorului prin plata creanței

2.1. Aspecte comune

Subrogația reglementată de articolele 1106-1109 Cod civil este instituția cea mai apropiată de cesiunea de creanță, în sensul că, la fel ca și aceasta din urmă, ea substituie un creditor cu altul și realizează o transmisiune a aceleiași obligații, iar nu o stingere a ei acompaniată de crearea unei noi.

În prezent subrogația este reglementată în secțiunea consacrată plății („Despre plata prin subrogație”, secțiunea I „Despre plată”, cap. VIII „Despre stingerea obligațiilor”, cartea III), iar cesiunea de creanță în capitolul intitulat „Despre strămutarea creanțelor și a altor lucruri necorporale”, inclus în titlul „Despre vinderi” (art. 1391-1404, cap. VIII, titlul V, cartea III).

Apropierea dintre cele două instituții ar putea părea surprinzătoare, dacă am avea în vedere strict poziționarea acestora, însă din modul de reglementare și din evoluția funcțională a celor două operații, transpare finalitatea esențială a acestora și anume transferul creanței. Mecanismul subrogației trădează dualitatea naturii sale: față de creditorul originar plata creanței sale de către terț duce la stingerea datoriei, însă în raporturile dintre debitor și *solvens* aceasta își continuă existența, realizând astfel o substituție de persoane. Având în vedere aceste caracteristici, doctrina de specialitate a arătat că subrogația este „o transmisiune a creanței, care se efectuează pe fundamentul unei plăți”⁴.

În schimb, cesiunea de creanță, deși reglementată în materia vânzării, se constituie ca un instrument neutru, susceptibil de a se adapta la alte operațiuni juridice prin care o persoană numită cedent transferă, în totalitate sau în parte, unei alte persoane numite cesionar dreptul său de creanță pe care îl deține contra debitorului cedat.

Dezvoltările doctrinare și jurisprudențiale referitoare la finalitatea comună a cesiunii de creanță și subrogației, respectiv transferul creanței, și-au pus amprenta și asupra reformei aduse dreptului civil. Astfel, Noul Cod civil⁵ detașează subrogația de plată, iar cesiunea de creanță de materia vânzării, și le tratează împreună în titlul VI intitulat „Transmisiunea și transformarea obligațiilor”.

Prin urmare, nici cesiunea de creanță și nici subrogația nu implică înlocuirea creanței originare, ci aceasta se conservă cu toate caracteristicile sale. În ambele ipoteze o dată cu creanța vor fi transferate accesoriile și garanțiile care o însoțesc. De aici rezultă și analogia de efecte în planul opozabilității excepțiilor, fie că este vorba de prescripție, autoritate de lucru judecat, cauze de nulitate sau de nerăspundere⁶. Însă unitatea de soluții se manifestă numai în cazul excepțiilor atașate însăși creanței, iar nu și în privința accesoriilor.

Asemănarea este și mai evidentă dacă avem în vedere varianta subrogației consimțită de creditor. Această formă a subrogației convenționale are loc atunci „când creditorul, primind plata sa de la o altă persoană, dă acestei persoane drepturile, acțiunile, privilegiile sau ipotecile sale, în contra debitorului; această subrogație trebuie să fie expresă și făcută tot într-un timp cu plata” (art. 1107 pct. 1 Cod civil). În mod similar art. 1594 alin. 1 din Noul Cod civil prevede că „Subrogația este consimțită de creditor atunci când, primind plata de la un terț, îi transmite acestuia, la momentul plății, toate drepturile pe care le avea împotriva debitorului”. În consecință, similar cesiunii de creanță, deși debitorul nu consimte la realizarea subrogației, operează o schimbare a creditorului, fără însă ca aceasta să ducă la sporirea sarcinii debitorului.

2.2. Elemente de diferențiere

Chiar dacă vecine, cesiunea de creanță și subrogația prezintă diferențe notabile, mai ales la nivelul scopului, condițiilor și efectelor fiecăreia dintre ele. Studii doctrinare recente tind însă să estompeze diferențele dintre acestea, apropiindu-le uneori până la identitate, dacă avem în vedere varianta subrogației consimțită de către creditor.

2.2.1. În mod tradițional se apreciază că principala deosebire dintre cele două rezidă din filosofia acestora. Cesiunea de creanță este considerată de obicei o operațiune lucrativă, în timp ce subrogația apare mai degrabă ca un avantaj oferit de un terț care face un serviciu debitorului, lipsit pentru moment de fondurile necesare, plătind în locul său. Aspectul menționat se repercutează asupra modului lor de reglementare, chiar dacă nu este exclus ca în fapt raza de acțiune a uneia sau a alteia dintre instituții să nu fie cea menționată.

Caracterizarea subrogației ca fiind un serviciu făcut unui prieten („service d’ami”) a început să nu mai corespundă realității economice, aspect ce a determinat ridicarea unui semn de întrebare legat de această pretinsă deosebire de scop între cele două instituții. Dezbaterea pare a fi cu atât mai întemeiată cu cât Codul civil în vigoare nu menționează nicăieri în mod expres faptul că subrogația este prin esență sa o operațiune gratuită⁷. În ultima vreme doctrina franceză a început să admită faptul că subrogația convențională poate la fel de bine constitui un mijloc de plasament⁸. Aceasta, mai ales, în condițiile în care în Franța tehnica subrogației stă la baza factoringului.⁹ Or, instituțiile bancare nu plătesc datoria altei persoane și nu acordă credite din altruism. Și atunci cum se armonizează ideea de profit a instituțiilor de credit cu scopul aparent dezinteresat al subrogației?

O parte a doctrinei a încercat să concilieze conflictul intervenit, arătând că nici în acest caz nu este vorba de o operațiune speculativă, întrucât nimic nu se opune remunerării serviciilor pe care subrogatul le oferă subrogantului, iar această remunerare derivă mai degrabă din contractul de credit încheiat decât din însăși subrogația personală intervenită.¹⁰ În replică, se încearcă demonstrarea faptului că avantajul pecuniar al instituției de credit, respectiv al factorului, este atașat și subrogației întrucât caracterul gratuit al acesteia nu constituie un imperativ. În acest sens se ridică întrebarea „de ce spiritul subrogației ar fi trădat în cazul în care, pe calea abandonării unei părți din creanța sa, creditorul subrogant ar retribui pe cel grație căruia ar fi obținut satisfacție”.¹¹ De altfel și în cazul gestiunii de afaceri se admite că intenția cu care acționează terțul nu trebuie să fie exclusiv altruistă,¹² acesta putând fi animat mai degrabă de interesul său propriu.

Chiar dacă analiza doctrinară amintită referitoare la remunerarea factorului prezintă o importanță deosebită sub aspectul punerii în discuție a gratuității subrogației, aceasta nu pot fi transpusă în întregime în țara noastră în condițiile în care, la noi, contractul de factoring este privit ca fiind unul complex, presupunând atât o cesiune de creanță cât și o subrogație personală¹³. De altfel și noua reglementare tinde la apropierea factoringului de cesiunea de creanță. În acest sens Hotărârea pentru aprobarea Tezelor

prealabile ale proiectului de lege – Codul civil, menționează faptul că „va fi reglementată, în mod distinct cesiunea unei universalități de creanțe pentru a permite astfel realizarea unor operațiuni esențiale în raporturile de credit, cum sunt operațiunile de factoring”.¹⁴ Menționăm că, de regulă, în practica bancară din țara noastră contractele de factoring sunt concepute sub forma unei cesiuni de creanță.

Continuând însă aceeași linie, observăm că cesiunea de creanță, fiind un mecanism neutru, nu presupune întotdeauna realizarea unui profit. Este cazul de exemplu al cesiunii de creanță realizate cu titlu gratuit. De asemenea este posibil ca prețul cesiunii să fie același cu valoarea nominală a creanței sau cesiunea poate fi constitutivă de garanție.

Mai mult, s-a opinat cu privire la însăși includerea cesiunii de creanță în cadrul operațiunilor speculative, deoarece cuantumul creanței ar fi în mod definitiv stabilit de către debitor și creditorul originar, astfel că cesionarul nu ar mai putea cere decât valoarea nominală a acesteia. Or, caracterul speculativ al unei operații ar presupune realizarea unui câștig profitând de fluctuațiile pieței.¹⁵ Nu putem fi într-un tot de acord cu această afirmație. De cele mai multe ori cesionarul este animat de dorința de a realiza un beneficiu ca urmare a tranzacției încheiate, care însă comportă un risc de pierdere. Astfel, cedentul transmite creanța sa pentru un preț inferior valorii nominale către un cesionar care speră să recupereze creanța în întregime sau într-o măsură cât mai mare.¹⁶ Cesionarul, dobândind creanța la valoarea sa nominală, își asumă riscurile și demersurile recuperării, sperând însă că va obține un profit. Este adevărat însă că cesionarul cunoaște, încă de la început, valoarea maximă a beneficiului care poate fi obținut, respectiv valoarea nominală a creanței.

Din cele prezentate rezultă că aplicarea criteriului speculativ, ca element de diferențiere între cele două instituții, nu corespunde în toate situațiile, ci doar într-o serie de cazuri tipice. Elemente de generozitate regăsim, după caz, în una sau alta dintre instituții.

2.2.2. Subrogația este în mod intim legată de plată și prin urmare aceasta nu poate interveni independent de plata efectuată de *solvens*. În consecință, una dintre condițiile de valabilitate ale subrogației consimțită de creditor o constituie simultaneitatea acesteia cu plata (art. 1107 pct.1 Cod civil, art. 1594 alin. 1 Noul Cod civil). Altfel, dacă subrogația ar preceda plata, operațiunea ar tinde să îmbrace haina cesiunii de creanță. Apoi, considerată a fi un accesoriu al unei plăți, din punct de vedere tehnic, subrogația nu poate interveni înaintea acesteia, la fel cum nu poate avea loc nici posterior, întrucât creanța ar fi în mod definitiv stinsă prin plată.¹⁷ Cesiunea de creanță însă nu implică neapărat plata imediată de către cesionar.

Fără să existe o unitate de opinii, regula concomitenței subrogației cu plata a început să fie sensibil atenuată.

Jurisprudența franceză admite subrogația anticipată atunci când printr-un act anterior subrogantul și-a manifestat în mod expres voința de a subroga pe cocontractantul său, operațiune care își va produce efectul doar la momentul plății.¹⁸

Un aspect controversat îl reprezintă valențele clauzelor de subrogație convențională inserate într-un contract de asigurare. Pe de o parte, s-a afirmat că, pe lângă subrogația legală, asigurătorul poate să convină cu asiguratul realizarea unei subrogații convenționale, chiar înainte de plata indemnizației.¹⁹ Pe de altă parte, s-a contestat faptul că o asemenea convenție încheiată anterior plății indemnizației ar avea valoare unei subrogații convenționale și s-a susținut că un asemenea act juridic reprezintă în realitate o cesiune de creanță.²⁰ Într-adevăr, o asemenea stipulație intervenind anterior plății nu poate constitui decât o cesiune de creanță eventuală sau o promisiune de subrogație²¹.

Ca regulă generală nici cesiunea de creanță și nici subrogația nu sunt posibile după efectuarea plății. Cu toate acestea jurisprudența franceză a admis validitatea unei subrogații posterioare în cazul plății succesive a unei creanțe globale. În acest caz chitanța subrogativă intervine în momentul reglementării soldului creanței, în vreme ce plățile parțiale nu dau naștere unei subrogații.²² Jurisprudența din Québec merge însă mai departe și recunoaște existența unei subrogații posterioare plății, atâta timp cât chitanța nu a fost eliberată, iar vărsarea sumei poate fi considerată ca fiind un simplu depozit sau o plată sub condiție suspensivă.²³

În consecință nu poate fi absolutizat nici criteriul concomitenței plății în cazul subrogației întrucât, în funcție de voința părților, este posibil ca aceasta să aibă loc anterior sau chiar după efectuarea plății.

2.2.3. Dacă cesiunea de creanță presupune întotdeauna consimțământul creditorului, dimpotrivă subrogația poate să aibă loc contra voinței sale.²⁴ În acest sens amintim valabilitatea subrogației convenționale consimțită de debitor și existența subrogației legale. Prin urmare o reală asemănare există mai degrabă doar între cesiunea de creanță și subrogația convențională consimțită de către creditor, iar nu și în raport de celelalte forme ale subrogației.

Subrogația convențională consimțită de creditor se realizează, la fel ca și cesiunea de creanță, fără intervenția debitorului, iar noua reglementare interzice, similar Codului civil din Québec, orice stipulație prin care debitorul ar prohibi subrogația sau ar supune-o acordului său prealabil: „Subrogația operează fără consimțământul debitorului. Orice stipulație contrară se consideră nescrisă” (art. 1594 alin. 2 Noul Cod civil).

2.2.4. O altă distincție poate fi remarcată privitor la formele de opozabilitate cerute în ipoteza unei cesiuni de creanță și care nu se regăsesc în situația unei subrogații, fie ea convențională sau legală.

Astfel, dacă în cazul cesiunii de creanță asigurarea opozabilității față de debitor și ceilalți terți presupune îndeplinirea formalităților prevăzute de art.1393 Cod civil (notificarea sau acceptarea cesiunii de către debitor printr-un act autentic) sau a celor reglementate de titlul VI al Legii nr. 99/1999 (înscrierea la Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare), cât privește subrogația aceasta produce efecte imediate față de debitor. Este însă recomandabilă informarea debitorului de subrogarea realizată, atunci când are loc fără consimțământul acestuia, pentru a evita să se plătească creditorului inițial.

În schimb, pentru ca subrogația consimțită de creditor să fie opozabilă față de alte persoane decât debitorul, doctrina majoritară, în raport de dispozițiile art. 1182 Cod civil, consideră necesar ca aceasta să aibă dată certă²⁵. Cesiunea de creanță, notificată terțului este opozabilă fără a mai fi nevoie de dată certă.²⁶

În materia cesiunii de creanță Noul Cod civil înlocuiește acceptarea autentică cu acceptarea printr-un înscris cu dată certă, iar notificarea cu o comunicare scrisă (art. 1578 Noul Cod civil), în vreme ce în privința subrogației convenționale menționează că „pentru a fi opusă terților, trebuie constatată prin înscris” (art. 1593 alin. 3 ultima teză Noul Cod civil).

2.2.5. În principiu, subrogația fiind un accesoriu al plății, intervine numai până la concurența sumei plătite creditorului inițial de către *solvens*. Cu alte cuvinte plata este măsura subrogației. În schimb drepturile pe care cesionarul le dobândește cu privire la debitor sunt independente de suma pe care a plătit-o.

Diferența de efecte rezidă din faptul că în cazul subrogației transportul creanței este consimțit cu ocazia unei plăți, în vreme ce în cadrul cesiunii transferul creanței are loc, de regulă, în schimbul unui preț.²⁷ Astfel se explică faptul că, spre deosebire de cesiunea de creanță, atunci când subrogantul a emis o chitanță pentru o sumă superioară plății reale efectuate, această remitere de datorie profită debitorului iar nu subrogatului al cărui recurs se va întinde doar asupra sumei efectiv plătite²⁸.

Principiul astfel enunțat a suferit însă mici mutații și reconsiderări de-a lungul timpului.

Cu ocazia pronunțării asupra cauzei Beudet împotriva Casei regionale de garanție a notarilor Curții de Apel din Dijon²⁹, Curtea de Casație franceză a considerat transmisibile clauzele frugifere dintr-un contract urmare a intervenirii subrogației: „subrogația are ca efect investirea subrogatului creanței primitive, cu toate avantajele și accesoriile, în consecință, judecătorii din apel, pe bună dreptate, au acordat Casei de garanție a notarilor, subrogată în mod convențional în drepturile creditorilor originari ai Societății de renovare urbană, interesele convenționale ale creanței, scadente după data plăților subrogatorii, și a făcut să beneficieze acest organism, posterior acestei date, de clauzele de anatocism și taxele variabile prevăzute în contractele inițiale”. Această hotărâre a constituit un argument în plus pentru doctrina minoritară care susține admisibilitatea profitului în cadrul subrogației, extinzând recursul *solvensului* și la alte categorii de situații.³⁰ Or, admitând posibilitatea existenței unui profit, diferențele de efecte între subrogație și cesiunea de creanță devin din ce în ce mai puțin sesizabile.

Soluția s-a dovedit a fi una de speță și a rămas aproape nepercepută de către doctrina și practica ulterioară.

Jurisprudența recentă circumscrie limitele efectului translativ principiului potrivit căruia subrogația este măsura plății, și nu admite în plus decât posibilitatea subrogatului de a pretinde dobânzi legale aferente sumei plătite. Data de la care încep să curgă aceste dobânzi diferă după cum este vorba de recursul exercitat între coobligații

accesorii sau nu. Astfel, în recursului *solvensului* garant contra unui cofideiusor, dobânzile legale curg de plin drept începând cu data plății. Pentru celelalte situații regula generală este cea potrivit căreia subrogatul nu are dreptul la dobânzi legale decât de la data punerii în întârziere a debitorului³¹.

2.2.6. Un alt aspect sub care subrogația se distanțează la nivelul efectelor de cesiune îl constituie dreptul de preferință al subrogantului față de subrogat atunci când subrogația nu este decât parțială (art. 1109 Cod civil, art. 1598 alin. 1 Noul Cod civil). Contrar subrogației care dă prioritate creditorului originar, în cazul concursului intervenit între cedent și cesionar, ca urmare a unei cesiuni parțiale, nu există preferință între cei doi (regula este menționată expres și de art. 1584 Noul Cod civil).

Însă și acest element de distincție între cele două instituții nu este decât unul relativ, întrucât preferința acordată subrogantului privește doar privilegiile și ipotecile care garantează creanța. Prin urmare nu-și va găsi o reală aplicare atunci când garanțiile atașate creanței sunt suficiente sau dacă este vorba de o creanță chirografară³².

Mai mult art. 1598 alin. 2 din Noul Cod civil instituie o excepție de la regula generală prevăzând că „în cazul în care creditorul inițial s-a obligat față de noul creditor să garanteze suma pentru care a operat subrogația, cel din urmă este preferat”.

În mod invers, prin actul de cesiune parțială cedentul își poate rezerva beneficiile garanțiilor³³, având astfel dreptul de a se îndestula cu preferință din acestea față de cesionar.

2.2.7. În fine, cesiunea de creanță implică, potrivit legii, garantarea existenței creanței de către cedat, pe când terțul subrogat nu beneficiază de o asemenea garanție. Dacă creanța care a dat loc la subrogație nu există, el va avea totuși dreptul la o acțiune în repetiție care-i va permite recuperarea sumelor cu care pretinsul creditor de bună-credință s-ar fi îmbogățit și nu a întregii daune suferite.³⁴

O asemenea garanție poate fi totuși asumată convențional de către subrogat.

2.3. Concluzii

În concluzie, în practica și doctrina din ultima vreme se observă tendința de a apropia, uneori până la confuzie, cesiunea de creanță cu subrogația consimțită de creditor, pentru a cumula avantajele pe care le oferă cele două instituții. Subrogația consimțită de creditor își justifică succesul datorită minimumului de formalism, iar cesiunea de creanță datorită amplitudinii transmisiunii, nefiind limitată la prețul cesiunii.

Acesta este motivul pentru care unii autori au propus unificarea subrogației consimțite de creditor cu cesiunea de creanță și menținerea unui regim distinct doar pentru celelalte două forme de subrogație (subrogația consimțită de debitor și subrogația legală), arătând că „în realitate cele două mecanisme sunt separate prin diferențe care țin de o evoluție istorică diferită”³⁵. Și atunci se pune întrebarea „de ce să nu admitem că subrogația personală, reglementată la nivelul plății, este în realitate o cesiune de creanță care se efectuează, de o manieră originală pe fundamentul unei plăți?”³⁶.

3. Cesiunea de datorie

3.1. Cesiunea de datorie în contextul legislației în vigoare

Așa cum un creditor dorește și poate să transmită cu titlu particular și în mod direct creanța pe care o deține, și un debitor poate avea interes să transfere la fel datoria sa unei alte persoane.

În plan teoretic, cesiunea de datorie ar apărea ca o operațiune simetrică în raport cu cesiunea de creanță: debitorul va ceda o datorie preexistentă cesionarului cu toate caracterele, garanțiile și accesoriile ce o însoțesc, fără consimțământul creditorului cedat și având ca efect liberarea debitorului originar. Ceea ce ar diferenția atunci cele două instituții ar fi doar faptul că în primul caz avem de-a face cu o substituție de creditor, iar în cel de-al doilea cu o substituție a debitorului.

În realitate lucrurile nu se prezintă astfel fiindcă Codul civil în vigoare nu prevede o instituție paralelă cesiunii de creanță care să permită cesiunea de datorie. De altminteri, un grav obstacol s-ar opune la validitatea ei, deoarece spre deosebire de ipoteza unei cesiuni de creanță, este foarte dificil de admis o cesiune de datorie fără acordul creditorului care s-a angajat tocmai în considerarea moralității și solvabilității debitorului său.

Mai mult în doctrina de specialitate s-a arătat că datoria nu ar avea valoare patrimonială, ci ar reprezenta mai degrabă o evaluare.³⁷ De aici și concluzia potrivit căreia datoria nu este cesibilă, iar în discuție nu ar putea fi vorba de un act translativ „ci de o operațiune juridică prin care se urmărește înlocuirea debitorului inițial cu unul subsecvent”³⁸.

În tăcerea legiuitorului, care nu numai că nu organizează un sistem de cesiune a datoriei similar creanței, dar nici nu reglementează o astfel de instituție, în mod tradițional se consideră că rezultate asemănătoare pot fi obținute prin mijloace deturnate. Unele dintre ele realizează ceea ce se numește o cesiune imperfectă fără efect liberator pentru debitorul inițial (stipulația pentru altul, delegația imperfectă), iar altele o cesiune perfectă care antrenează o liberare a acestuia (delegația perfectă și novația prin schimbarea debitorului).

Stipulația pentru altul oferă ocazia ca printr-o convenție oarecare, debitorul (stipulantul) să poată obține de la cocontractant (promitent) angajamentul de a plăti datoria sa creditorului (terț beneficiar).³⁹ Ea este o sursă indirectă de îndeplinire a unei cesiuni de datorie și nu a unei cesiuni de creanță. De asemenea putem adăuga că, în raport cu cesiunea de creanță, stipulația pentru altul se caracterizează prin aceea că beneficiarul dobândește contra promitentului un drept propriu diferit de cel pe care îl avea contra stipulantului și în consecință lipsit de caracterele și garanțiile sale. Altfel spus, este vorba de două obligații distincte în opoziție cu cesiunea de creanță în care se schimbă creditorul și nu creanța păstrându-se astfel garanțiile ce o însoțesc. În mod corelativ stipulantul nu este liberat, creditorul având în realitate doi debitori, în afară de cazul când beneficiarul renunță la dreptul său contra primului debitor prin acceptarea stipulației.

Pe lângă faptul că este o cale indirectă de a ajunge la o cesiune de datorie și nu de creanță, ceea ce face toată diferența între delegație și cesiunea de creanță este angajamentul special al delegatului, acceptat de către delegatar. Într-o cesiune de creanță debitorul cedat are un rol pasiv, care se mărginește la a lua act de schimbarea creditorului. Din contră, în ipoteza unei delegații el joacă un rol activ și anume acela al unei părți a cărei obligație provine din schimbul de consimțăminte realizat cu cealaltă parte.⁴⁰

În plus cesiunea de creanță este o operație speculativă, creanța fiind în general achiziționată pe un preț inferior valorii sale reale. La o delegație aspectul speculativ lipsește, delegantul căutând să-și asigure mai bine plata, fie obținând un nou debitor, fie asigurându-și un debitor suplimentar.

Formalitățile particulare pentru opozabilitatea cesiunii de creanță față de terți nu se regăsesc în cazul unei delegații care își va produce efectele din momentul în care delegatarul acceptă angajamentul delegatului.

Mai mult spre deosebire de cesiunea de creanță, delegatarul dobândește contra delegatului, în cazul delegației perfecte, o creanță nouă și de aceea nu va beneficia de garanțiile și accesoriile primei obligații.⁴¹

Un alt aspect care contribuie la înlăturarea confuziei între cele două instituții constă în aceea că dacă cedentul nu trebuie să garanteze solvabilitatea cedatului de vreme ce nu a convenit astfel, delegantul este responsabil, în delegația perfectă, de insolvabilitatea actuală a delegatului, iar în ipoteza unei delegații imperfecte și de cea viitoare a acestuia.⁴²

Novația prin schimbarea debitorului este practic o delegație perfectă, de aceea mențiunile anterioare se aplică în mod corespunzător.

Nimeni nu contestă că, în virtutea principiului libertății contractuale, o persoană ar putea să se oblige față de debitor să plătească datoria acestuia. Dacă obligația nu a fost contractată *intuitus personae*, datoria va putea fi achitată în mod valabil de către terț, creditorul neputând să refuze plata. Executată fără obiecții la scadență, operația va îndeplini în fapt funcția cesiunii de datorie. Altminteri convenția rămâne fără efect față de creditor care continuă să cunoască numai pe debitorul inițial, nedobândind nici un drept contra altui debitor.⁴³

Toate procedeele arătate conduc la obținerea pe cale indirectă a unei cesiuni de datorie privită în mod izolat. Există totuși și situații când cesiunea de datorie apare ca un accesoriu al transmisiunii unui bun expres prevăzută de lege sau ca accesoriu a cesiunii unui contract.

3.2. Preluarea de datorie în reglementarea Noului Cod civil

În urma amendamentelor aduse Noul Codului civil reglementează, după modelul legislației germane (§415-419 BGB) și elvețiene (art. 175-183 CEO), precum și în acord cu proiectele de codificare realizate la nivel european (art. 9.2.1-9.2.8 Principiile UNIDROIT, art. 12.101-12.102 Principiile dreptului european al contractelor) instituția

preluării de datorie, arătându-se că acest mecanism permite „simplificarea și accelerarea schimburilor economice prin realizarea concomitentă a mai multor raporturi obligaționale”⁴⁴.

Art. 1599 din Noul Cod civil trimite la două modalități de realizare a preluării de datorie și anume: prin convenția intervenită între debitorul inițial și noul debitor, a cărei eficacitate depinde de acordul creditorului, sau prin convenția încheiată între creditor și noul debitor. Prin urmare în ambele variante acordul creditorului este cerut, întrucât în pofida tendinței actuale de a depersonaliza raportul obligațional, transmiterea laturii pasive poate afecta poziția creditorului, realizarea creanței sale depinzând de solvabilitatea și aptitudinea de a executa a debitorului. Prin aceasta preluarea de datorie se distinge de mecanismul corelativ al cesiunii de creanță care are loc fără consimțământul debitorului cedat, fiind suficientă notificarea acestuia.

Cât privește ipoteza preluării datoriei prin contract încheiat cu debitorul, consimțământului creditorului apare ca fiind unul efecual⁴⁵, art. 1605 din Noul Cod civil prevăzând în mod expres faptul că operațiunea „își va produce efectele numai dacă creditorul își dă acordul”. Cu alte cuvinte, pentru ca preluarea de datorie să fie perfectă creditorul trebuie să aibă cunoștință despre aceasta și să o agreeze. În vederea obținerii acordului, oricare dintre contractanți poate comunica creditorului contractul de preluare încheiat, putând stabili un termen rezonabil pentru răspuns, la expirarea căruia eventuala tăcere a creditorului valorează un refuz. Până la obținerea acordului din partea creditorului ori în cazul refuzului acestuia, suntem în prezența unei preluări de datorie interne⁴⁶, care produce efecte numai între debitorul inițial și noul debitor, în sensul că acesta din urmă „este obligat să libereze pe debitor executând la timp obligația” (art. 1608 Noul Cod civil). Mai mult, deși în principiu, în această situație contractul produce efecte numai între părțile acestuia, iar creditorul nu dobândește un drept propriu împotriva celui obligat să libereze pe debitorul inițial, părțile pot conveni contrariul.

Din punct de vedere al efectelor preluării putem distinge între două categorii: preluarea de datorie liberatorie și preluarea de datorie cumulativă⁴⁷.

Odată cu exprimarea consimțământul necondiționat al creditorului debitorul inițial este liberat, noul debitor substituindu-se acestuia (art. 1600 Noul Cod civil). Părțile pot însă să prevadă contrariul, respectiv faptul că debitorul inițial nu este liberat, ci alături de acesta, iar nu în locul său, intervine un nou debitor care este ținut conjunct sau solidar cu primul, realizându-se astfel o preluare de datorie cumulativă. Această ultimă variantă apare mai avantajoasă pentru creditor care va avea pentru plata aceleiași creanțe doi debitori.

Observăm că, putem vorbi de o cesiune doar în primul caz, când datoria părăsește în mod definitiv patrimoniul debitorului original pentru a intra în patrimoniul celui de-al doilea debitor⁴⁸. În această situație, cu câteva excepții, preluarea de datorie se manifestă în planul efectelor ca un corespondent al cesiunii de creanță. Astfel, preluarea de datorie operează o substituție a debitorului, datoria originală rămânând

identică. Ca o consecință, similar cesiunii de creanță, datoria se transmite cu toate drepturile de care creditorul se putea prevala în legătură cu aceasta, cum ar fi de exemplu dobânzi, clauza penală, clauza compromisorie și altele.

În schimb, dacă în ipoteza unei cesiuni de creanță toate garanțiile care asigură executarea creanței se transmit în mod automat către cesionar, cât privește preluarea de datorie trebuie să distingem după cum este vorba despre garanțiile constituite de debitorul inițial asupra bunurilor sale ori de garanțiile reale sau personale constituite de terți. Astfel, preluarea datoriei nu are nici un efect asupra existenței garanțiilor creanței constituite de debitor, cu excepția celor inseparabile de persoana acestuia. Însă „obligația fideiusorului sau a terțului care a constituit o garanție pentru realizarea creanței se va stinge dacă aceste persoane nu și-au dat acordul la preluare” (art. 1602 alin. 3 Noul Cod civil).

În principiu, asemănător cesiunii de creanță, noul debitor, urmare a preluării datoriei, poate opune creditorului toate mijloacele de apărare pe care le-ar fi putut opune debitorul inițial. Cu toate acestea noul debitor nu va fi exonerat de plata datoriei atunci când invocă compensația, excepții personale ale debitorului inițial sau excepții care rezultă din raporturile sale cu debitorul inițial. Amintim însă că, în materia cesiunii de creanță, debitorul poate opune cesionarului stingerea datoriei ca urmare a unei compensații intervenite înainte de realizarea formelor de opozabilitate, mai puțin atunci când a acceptat cesiunea pur și simplu.

3.3. Concluzii

Nici în actuala reglementare și nici în cadrul reformei realizate în materie civilă nu putem vorbi de un mecanism al cesiunii de datorie simetric cesiunii de creanță. Noul Cod civil introduce însă, după modelul familiei dreptului germanic, instituția preluării de datorie prin care se realizează în mod direct, pe cale convențională, transferul unei datorii dintr-un patrimoniu într-altul, dar care este supus controlului și agreementului creditorului. În planul efectelor, în ipoteza liberării debitorului preluarea de datorie se apropie în mare parte de cesiunea de creanță, în sensul că duce la înlocuirea uneia din părțile raportului obligațional, însă de această dată partea substituită este debitorul, iar nu creditorul.

4. Cesiunea convențională de contract

4.1. Considerente introductive

Instituție recunoscută recent, datorită reținerilor față de cesiunea de datorie și a principiului relativității efectelor contractelor, cesiunea de contract dovedește o mare importanță practică în viața contractuală contribuind la asigurarea continuității acestora și la stabilitatea raporturilor obligaționale. Chiar dacă legislația în vigoare cunoaște doar aplicații particulare ale acestei instituții, subsumate noțiunii de „cesiune legală de contract”, cum ar fi art. 1441 Cod civil în materie locativă, art. 169 Codul

muncii, cesiunea contractelor de asigurare facultativă de la vânzător la cumpărător⁴⁹, doctrina și jurisprudența de specialitate au configurat regimului juridic al cesiunii convenționale de contract. Importanța demersului este confirmată de Noul Cod civil care în capitolul consacrat „Contractului” alocă o secțiune aparte cesiunii de contract (Secțiunea 8, art. 1315-1320).

În prezent, deși studii actuale din țara noastră⁵⁰, pornind de la doctrina și jurisprudența casației franceze admit posibilitatea cesiunii convenționale de contract subzistă ample dispute legate de natura sa, rolul cedatului, dar și cu privire la însăși denumirea operațiunii. În absența unor dispoziții exprese, regimul său nu este definitiv fixat.

Diversitatea de opinii legate de instituția cesiunii de contract se regăsesc și în planul reformelor preconizate în diferite sisteme de drept, dar și de proiectele de unificare a dreptului privat.

De aceea în vederea identificării asemănărilor și deosebirilor dintre cesiunea de creanță și cesiunea de contract vom porni de la conturarea acestei din urmă instituții.

4.2. Cesiunea convențională de contract în contextul legislației în vigoare

4.2.1. Teoria analitică

În mod tradițional nu se vedea în cesiunea de contract decât rezultatul adunării dintre o cesiune de creanță și o cesiune de datorie. În acest sens Christian Larroumet arăta într-o teză din anul 1968 că „cesiunea de contract sinalagmatică se analizează, în cele din urmă, ca o dublă cesiune de creanță și de datorie născute din contract”⁵¹. Dacă pentru transmiterea situației active a contractului se poate recurge la dispozițiile art. 1391 și următ Cod civil (art. 1690 Cod civil francez) care reglementează cesiunea de creanță, pentru transmiterea laturii pasive, în absența unor reglementări referitoare la cesiunea directă de datorie, se vor utiliza mijloace deturnate pentru a ajunge la acest rezultat, precum delegația și stipulația pentru altul. Asemenea abordare ar presupune îndeplinirea formalităților de publicitate prevăzute de art. 1393 Cod civil.

Aceeași idee a descompunerii este reluată și de către adepții teoriei pur subiective pentru care obligația este doar o legătură între două sau mai multe persoane, iar nu un bun. În această concepție, transmiterea, respectiv substituția unei persoane prin alta, cu consecința dispariției unuia dintre titularii legăturii interpersonale atrage aneantizarea acestei legături⁵². Cesiunea convențională de contract nu va face decât să ducă la „ruperea” legăturii inițiale și la crearea uneia noi ca urmare a consimțământului cedatului. Vom fi în prezența unei operațiuni tripartite în care consimțământul cedatului determină nașterea unui nou contract între cesionar și cedat cu același obiect și aceeași cauză, astfel că nu mai poate fi vorba de un efect translativ.⁵³ Se ajunge astfel la excluderea ideii de cesiune de contract.

Aparent soluția își găsește susținere într-o decizie a Curții de Casație franceze din 12 decembrie 2001 care asimilează în privința liberării cedentului regimul cesiunii de contract cu cel al delegației: „simpla acceptare din partea creditorului a substituției

unui nou debitor, primului, chiar dacă ea nu este însoțită de nici o rezervă, nu implică în absența unei declarații exprese, că a înțeles să descarce debitorul originar de datoria sa”.⁵⁴

Soluția a fost amplu criticată în doctrină demonstrându-se incompatibilitatea cesiunii de contract, care presupune o succesiune cu titlu particular, cu delegația, care antrenează un efect extinctiv.⁵⁵

Teoria descompunerii, nu răspunde exigențelor legate de unitatea raportului obligațional.

4.2.2. Teoria monistă

În prezent instituția cesiunii de contract a început să-și afirme în plan doctrinar autonomia juridică, teoria analitică fiind înlocuită cu o concepție unitară a operațiunii. Astfel, cesiunea de contract permite ca printr-un act unic o parte contractantă să fie înlocuită cu un terț în cursul executării contractului, fără a modifica substanța convenției.⁵⁶

Un exponent de bază al teoriei moniste este Laurent Aynes care pornește de la o concepție obiectivă asupra contractului în acord cu care această sursă a obligației este un lucru incorporeal susceptibil de a circula, un instrument, un mijloc la îndemâna părților în vederea satisfacerii unei nevoi. Instituția cesiunii de contract apare în această accepțiune ca fiind o dezvoltare a noțiunii moderne de cauză care „a devenit un instrument de control al utilității sociale și economice a contractului”. Cauza este indisociabilă de raportul contractual, iar alterarea sa va determina și modificarea contractului întrucât este vorba de schimbarea unui element obiectiv al acestuia. Însă înlocuirea unui partener contractual cu altul, ținând de elementele subiective ale raportului contractual, nu va duce la modificarea contractului, cesionarul urmărind același scop. Actul de cesiune nu face decât să transfere cauza de la cedent la cesionar, să asigure continuitatea contractului, menținând astfel forța sa obligatorie. Cesiunea de contract reprezintă un remediu contra rezilierii și un factor de stabilitate al contractului, asigurându-se astfel forța obligatorie a contractului.⁵⁷

Cât privește problema liberării cedentului aceasta este privită ca un element exterior, contingent cesiunii de contract. Regimul cesiunii de contract va fi același indiferent dacă cedentul va fi liberat sau nu întrucât cedentul nu cesionează contractul său pentru a se libera, ci fiindcă nu mai urmărește scopul avut în vedere la încheierea contractului și dorește să evite consecințele rezilierii. Coroborând acest aspect cu absența creării unei noi obligații, consimțământul cedentului la realizarea operațiunii devine inutil, fiind suficient ca acesta să fie informat de o manieră corespunzătoare, fără să fie necesară respectarea formalităților prevăzute de art. 1690 Cod civil francez (art. 1393 Cod civil român)⁵⁸.

Distingând între elementele obiective și subiective ale contractului, Laurent Aynes justifică mecanismul translativ al cesiunii de contract prin raportare la noțiunea de cauză. Deși concluziile sale sunt în mare parte pertinente, iar în prezent majoritatea autorilor, pornind de la observațiile acestuia, recunosc caracterul translativ și autonomia

cesiunii de contract, întemeierea acestora pe teoria cauzei apare puțin avangardistă și nu rezolvă problema sistemelor de drept și proiectelor de codificare europene care nu cunosc noțiunea de cauză și cu toate acestea admit cesiunea de contract. Pe de altă parte, nu putem disocia total liberarea cedentului de cesiune, astfel cum s-a arătat în susținerea tezei obiective, aceasta întrucât în absența liberării cedentului nu se realizează o veritabilă succesiune de contractanți. În doctrina de specialitate se vorbește în acest caz despre o cesiune imperfectă⁵⁹, deși folosirea noțiunii de cesiune apare ca fiind improprie.

4.2.3. Domeniul de aplicare

Unii autori restrâng sfera contractelor cesibile doar la contractele sinalagmatice cu executare succesivă, precum și la contractele cu executare instantanee, dar ale căror efecte nu au fost încă realizate. Astfel, s-a arătat că în cazul unui contract unilateral, cesiunea s-ar confunda fie cu o cesiune de creanță, fie cu o cesiune de datorie.⁶⁰

Această poziție a fost surmontată prin trimiterea în special la categoria drepturilor potestative care pot însoți calitatea de parte.⁶¹

Într-o altă concepție, s-a arătat că materia drepturilor potestative aparține unei alte operațiuni juridice triunghiulare și anume substituirea de contractant, o alternativă la cesiunea de contract. Discuția prezintă interes mai cu seamă în ceea ce privește calificarea promisiunii unilaterale de vânzare.⁶²

4.3. Participarea contractantului cedat la operațiune

4.3.1. Soluții promovate de jurisprudența și doctrina franceză

Dacă într-o primă fază problematica s-a conturat în jurul necesității sau nu a intervenirii cedatului la cesiune, începând cu 6 mai 1997 când Camera Comercială a Curții de Casație franceze a validat teza consimțământului actual sau anticipat al cedatului la operațiune, discuția a primit o nouă dimensiune: care sunt valențele acestui consimțământ?

Doctrina subiectivistă, pornind de la această jurisprudență, erijează consimțământul cedatului în condiție de validitate a cesiunii de contract indiferent dacă este vorba de un contract încheiat în considerarea persoanei sau nu. Însă acest consimțământ necesar pentru însăși formarea convenției, va lipsi de efect translativ cesiunea de contract, ducând în cele din urmă la crearea unui nou contract între cedat și cesionar în aceleași condiții ca și primul. Oferta cesionarului de a contracta cu cedatul exprimată în cadrul contractului de cesiune încheiat cu cedentul este urmată sau precedată de acceptarea cedatului. Întrucât cedentul, va fi parte la operațiune, iar nu terț, formalitățile legate de informarea acestuia nu își mai găsesc aplicabilitatea.⁶³

Afirmând autonomia cesiunii convenționale de contract, Christophe Lachièze susține un acord de voință tripartit, fără însă ca acesta să afecteze caracterul translativ al operațiunii. Altfel spus, acordul de voință dintre cedat, cedent și cesionar va determina formarea unei convenții al cărei efect va fi transmiterea unui contract

existent. Dacă la încheierea contractului inițial cedentul a convenit cesibilitatea acestuia, operațiunea va fi valabilă prin simplul acord dintre cedent și cesionar. În acest din urmă caz, pentru evitarea vreunei confuzii, există un interes în informarea cedatului prin toate mijloacele apreciate ca fiind eficiente. Când privește liberarea cedentului, dacă părțile nu au prevăzut expres contrariul, acesta va fi liberat de obligațiile născute din contract ca urmare a preluării poziției sale de către cesionar.⁶⁴

Soluția Curții de Casație franceze amintită anterior a întrunit însă numeroase critici din partea autorilor care susțin un regim al cesiunii de contract bazat pe absența consimțământului cedatului la operațiune.

Astfel, față de această exigență Laurent Aynes își nuanțează poziția exprimată anterior, arătând că acest consimțământ nu poate fi expresia unei voințe creatoare și că nu poate avea ca obiect decât cesibilitatea contractului. În consecință autorizarea cedatului dată de o manieră generală (în cadrul contractului inițial) sau specială (intervenită la momentul cesiunii) nu îi conferă acestuia calitatea de parte la operațiune și nu schimbă natura bilaterală a cesiunii. Acesta nu face decât să completeze dreptul cu posibilitatea de exercițiu. Părțile pot conveni și o cesibilitate afectată de modalități, cum ar fi de exemplu clauza de agrement (contractul este cesibil dar, cedatul își rezervă dreptul de a aprecia asupra persoanei cesionarului). În principiu această autorizare poate face obiectul controlului judiciar, ocazie cu care poate fi cenzurat un eventual refuz abuziv din partea cedatului. Decizia Curții de Casație apare în concepția acestui autor ca fiind una regretabilă, întrucât cesibilitatea, „aptitudinea contractului de a circula este o calitate intrinsecă contractului”, iar în absența unui „*intuitus personae* intens sau unei clauze de incesibilitate orice contract este cesibil în mod natural”.⁶⁵

Într-o altă opinie, pornind de la definirea noțiunilor de *intuitus personae* obiectiv și *intuitus personae* subiectiv se configurează pentru fiecare ipoteză exigențe distincte. Astfel, dacă se pornește de la ideea potrivit căreia scopul considerării calităților unei persoane constă în garantarea realizării finalității contractului, vom fi în prezența unui *intutus personae* obiectiv atunci când riscul este protejat în considerarea calităților obiective ale unei persoane (capacitatea tehnică, experiența, competența) și în situația unui *intuitus personae* subiectiv dacă se acoperă un risc în considerarea calităților umane. Varianta obiectivă conduce la concluzia potrivit căreia există o anumită fungibilitate între persoanele care prezintă aceleași calități și prin urmare cedentul nu ar mai avea nevoie de intervenția cedatului pentru a determina profilul înlocuitorului său. Libertatea cedentului cunoaște însă o dublă limitare impusă de principiul bunei credințe: terțul care îi ia locul trebuie să aibă cel puțin aceleași competențe, iar cedatul urmează să fie informat despre operațiune. Problema nu primește aceeași rezolvare în cazul în care *intuitus persoane* este soluția subiectivă a unui risc. Spre deosebire de ipoteza obiectivă, în acest caz calitățile cerute nu mai pot fi evaluate de orice persoană, ci doar cedatul este în măsură să le aprecieze, fiind necesar să-și exprime consimțământul cu privire la operațiune. Acestui consimțământ îi este atribuită aceeași valoare ca și în concepția menționată anterior, respectiv face posibilă cesiunea de contract.⁶⁶

Urmând aceeași linie critică față de jurisprudența în materie, Christian Larroumet dezvoltă teoria consimțământului efectual, potrivit căreia în vreme ce consimțământul cedatului nu este necesar pentru a-l aduce pe cesionar în raportul contractual cedat, acesta apare indispensabil pentru liberarea cedentului. Astfel, în funcție de opțiunea cedatului se va distinge între cesiunea imperfectă, atunci când cesionarul intervine în contractul inițial fără ca cedentul să fie liberat, și cesiunea perfectă, care presupune liberarea cedentului de către cedat.⁶⁷

Analiza sistematică a doctrinei și jurisprudenței franceze ne dovedește absența unei concepții unitare cu privire la rolul consimțământului cedatului cu privire la operațiune. Opiniile exprimate pot fi grupate în trei mari categorii. Astfel consimțământul cedatului la operațiune are valoarea unui consimțământ formator, a unei autorizări sau a unui consimțământ efectual. Observăm însă că, autorii care susțin ipoteza autorizării cesiunii de contract disociază de această instituție problema liberării, care ar presupune la rândul ei consimțământul cedatului.

4.3.2. Soluții promovate în doctrina românească

Doctrina românească, din ultimii zece ani a preluat mare parte din controversele exprimate în spațiul dreptului francez.

În absența unei decizii similare cu cea a casației franceze care să impună consimțământul cedatului la cesiune, o parte a doctrinei noastre urmează teza exprimată inițial de Laurent Aynes, respectiv absența consimțământului cedatului la operațiune.⁶⁸ Susținându-se caracterul bipartit al cesiunii convenționale, s-a adăugat că „fără aderarea cedatului la actul de cesiune, acest act nu îi poate fi opozabil”. În această concepție aderarea ar reprezenta un act complex care presupune recunoașterea calității de debitor a cesionarului, precum și cea a calității de creditor, în raport de care cedatul urmează să-și execute obligațiile asumate prin contractul primitiv.⁶⁹

La polul opus se reține teza consimțământului tripartit, menținându-se însă caracterul translativ al operațiunii⁷⁰. Nuanțând această poziție în contextul analizării formării progresive a contractului, într-o opinie se arată că în fapt consimțământul exprimat de către cedat este unul de agregare (agrement), respectiv o „specie de voință formatoare de act”.⁷¹

Alegerea uneia sau alteia dintre aceste variante, depinde în mare parte de concepția adoptată asupra însăși noțiunii de contract. Privit din punct de vedere obiectiv, contractul apare ca fiind un bun distinct de persoana cedatului, o valoare patrimonială care poate circula fără consimțământul acestuia. O analiză pur voluntaristă a contractului, în care consimțământul cedatului are un rol formator, poate ridica semne de întrebare în raport de caracterul translativ al operațiunii.

Realitatea practică ne demonstrează că a contracta înseamnă „a supune o materie obiectivă acțiunii dinamice a voinței părților”.⁷² Prin urmare deși în ultima vreme accentul a fost mutat asupra elementelor sale obiective, un contract implică în mod necesar și elemente subiective, realizând o simbioză între cele două.

Pornind de la o analiză sincretică a contractului, voința cedatului este utilă pentru a autoriza o operațiune prin care situația sa ar fi afectată datorită efectelor care îi sunt atașate. Cu alte cuvinte, în această ipoteză consimțământul cedatului este configurat ca fiind o autorizare necesară pentru realizarea plenitudinii de efecte a cesiunii de contract. Astfel, se concretizează un echilibru între caracterul patrimonial al contractului, care ar presupune realizarea cesiunii fără consimțământul cedatului, și concepția subiectivă asupra acestuia, prin prisma căruia contractul apare ca o legătură între persoane, permițând controlul cedatului asupra cesiunii.

4.4. Cesiunea convențională de contract în reglementarea Noului Cod civil

Noul Cod civil organizează în mod expres regimul juridic al cesiunii de contract, preluând în mare parte reglementările în materie din Codul civil italian (art. 1406 - 1410CCI). Astfel, art. 1315 alin. 1 din Noul Cod civil definește cesiunea contractului prin raportare la efectele sale arătând că „(1) O parte poate să-și substituie un terț în raporturile născute dintr-un contract numai dacă prestațiile nu au fost încă integral executate, iar cealaltă parte consimte la aceasta”. Raportat la conținutul acestui text în doctrina de specialitate s-a arătat că „zisa cesiune de contract nu este decât o substituție a unei părți (inițiale sau originare) a contractului «cedat», cu a altă persoană”, care reprezintă o tehnică contractuală, iar nu o instituție civilă autonomă. Mergând mai departe cu acest raționament s-a pus sub semnul întrebării chiar caracterul translativ al operațiunii⁷³.

Astfel cum este concepută, în cadrul noii reglementări, cesiunea de contract apare ca o operațiune unică, producând un efect indivizibil. Însă, pentru realizarea acesteia este cerut consimțământul cedatului. Nu rezultă în mod clar care sunt valențele acestui consimțământ. Pornind de la un text similar, în doctrina italiană regăsim aceleași controverse legate de rolul consimțământului în economia cesiunii de contract. Jurisprudența și mare parte din autorii italieni tind însă să îmbrățișeze teza potrivit căreia consimțământul cedatului reprezintă un element constitutiv al cesiunii de contract și, prin urmare, suntem în prezența unei convenții plurilaterale cu efect translativ.⁷⁴

Apreciem că soluția oferită de Noul Cod civil în privința consimțământului contractantului cedat, trebuie corelată cu cea reținută în materia preluării de datorie.

Consimțământul la cesiune va putea fi exprimat și anticipat, însă efectele operațiunii față de cedat se vor produce numai din momentul în care substituția îi este notificată sau, după caz, acceptată (art. 1317 alin. 1 Noul Cod civil).

Cât privește forma cesiunii de contract și a acceptării art. 1316 Noul Cod civil trimite la forma cerută de lege pentru validitatea contractului cedat.

Sub aspectul efectelor față de cedent, principiul instituit de Noul Cod civil este cel al liberării sale, însă validează cu titlu de excepție, atunci când contractantul declară în mod expres contrariul, așa-numita cesiune de contract imperfectă. Dacă cedatul consimte pur și simplu la cesiune, cedentul este prezumat în mod irefragabil că

este liberat de obligațiile sale față de cocontractantul cedat din momentul în care substituirea își produce efecte față de acesta. În schimb, atunci când cocontractantul cedat arată în mod expres că nu înțelege să-l libereze pe cedent, acesta din urmă este ținut ca și debitor subsidiar pentru situația în care cesionarul nu își execută obligațiile, fiind notificat în acest sens. Amintim că în acest din urmă caz nu poate fi vorba de o cesiune propriu-zisă întrucât nu are loc o transmisune.

În mod asemănător cesiunii de creanță și preluării de datorie, în cazul cesiunii de contract contractantul cedat va putea opune în principiu cesionarului toate excepțiile care rezultă din contract. Sunt exceptate însă viciile de consimțământ, precum și orice apărări sau excepții născute în raporturile sale cu cedentul, sub rezerva menținerii acestui drept cu ocazia consimțirii la substituire.

În fine, este stabilit și un regim de garanții la care este ținut cedentul. În primul rând este vorba de o garanție legală constând în obligația cedentului de a garanta validitatea contractului. Apoi, cedentul poate să își asume în mod convențional garantarea executării contractului, situație în care va răspunde ca un fideiutor pentru obligațiile contractantului cedat.

4.5. Aspecte comune și elemente de diferențiere între cesiunea de creanță și cesiunea de contract

În prezent regimul cesiunii de contract nu este definitiv fixat, iar Noul Cod civil nu răspunde la toate controversele ridicate în doctrină și practică. Cu toate acestea vom încerca să surprindem câteva aspecte care se pot constitui în elemente comune sau, după caz, de diferențiere între cesiunea de creanță și cesiunea de contract.

Majoritatea autorilor înscriu cesiunea de contract în categoria operațiunilor translativă alături de cesiunea de creanță. Astfel, cesiunea de contract, la fel ca și cesiunea de creanță permite realizarea unei succesiuni cu titlu particular, iar nu crearea unor drepturi noi între cedat și cesionar. Însă, spre deosebire de cesiunea de creanță, este vorba nu numai de a transmite terțului respectiv un drept sau o obligație, dar mai ales de a-i conferi calitatea de parte, cu toate prerogativele ce-i sunt atașate.⁷⁵ În alți termeni, cesiunea de contract nu-și propune atât să transmită dreptul și datoria contractuală, cât să asigure continuitatea contractului⁷⁶, operând un transfer de poziție contractuală.

Dacă privim cesiunea de creanță ca o transmisiune a unei valori patrimoniale active, aceasta se îndepărtează și mai mult de cesiunea de contract. „Obligația este o bogăție încă din momentul în care s-a născut; puțin contează dacă are o origine contractuală, pentru că este luată în considerare ea însăși, prin obiectul pe care îl permite a fi obținut. Bogăția contractului este, din contră, în dezvoltare: este aptitudinea sa de a da naștere la obligații viitoare”⁷⁷.

Evoluția mecanismului cesiunii de creanță a fost determinată de necesitatea asigurării circulației creanțelor la fel ca oricare bun. În schimb, cesiunea de contract nu operează asupra valorilor patrimoniale ci asupra sursei raportului obligațional, respectiv însuși contractul, urmărind ca acesta să-și producă efectele viitoare către un terț. „Obligația care urmează să se nască va fi obiectul său. După ce obligația s-a născut,

contractul generator este îndepărtat în trecut ca un fapt, dar în schimb i se va conserva pentru viitor toată vigoarea, forța generatoare, în ciuda schimbării unuia dintre contractanți”⁷⁸.

Nu trebuie însă neglijat faptul că o creanță își extrage toată forța și configurația din contract, reprezentând unul dintre elementele sale constitutive.

Dacă în ceea ce privește o creanță aceasta poate face obiectul unei strămutări parțiale, transmiterea în parte a contractului, este dificil de imaginat.

Cesiunea de contract nu se poate realiza decât cu consimțământul cocontractantului cedat, în vreme ce debitorul cedat este terț față de operațiune. De aici rezultă necesitatea îndeplinirii formalităților pentru opozabilitatea cesiunii de creanță, și lipsa acestora în cazul cesiunii de contract, cedatul fiind parte la operațiune. Notificarea și acceptarea la care se face referire în Noul Cod civil în situația în care cocontractantul cedat și-a exprimat anticipat consimțământul nu au un rol de opozabilitate, ci de îndeplinirea acestora depinde realizarea efectelor operațiunii.

Fiind vorba de o succesiune, în ambele cazuri excepțiile sunt opozabile părții survenite.

Menționăm că garanția legală și cele convenționale prevăzute de lege în materia cesiunii de creanță își găsesc corespondent și în cadrul cesiunii de contract astfel cum este amenajată prin dispozițiile Noului Cod civil.

4.6. Concluzii

Cesiunea de creanță, la fel ca și cesiunea de contract transferă cesionarului un raport juridic preexistent. Chiar dacă am fi tentați să credem că între cele două nu există diferențe decât sub aspect cantitativ, în sensul că cesiunea de creanță transmite latura activă a raportului obligațional, iar cesiunea de contract vizează atât latura activă cât și cea pasivă a acestuia, concepția unitară asupra celei din urmă operațiuni ne demonstrează contrariul. Cesiunea de contract nu înseamnă numai transmiterea drepturilor și obligațiilor rezultate din acesta, ci a însăși calității de parte cu toate prerogativele care îi sunt conferite.

5. Novația prin schimbarea creditorului

5.1. Aspecte comune

Novația prin schimbarea creditorului intervine atunci când debitorul se liberează de vechiul său creditor și își asumă o nouă obligație față de alt creditor arătat de cel dintâi. Potrivit doctrinei o asemenea operațiune ar evoca „destul de ușor cesiunea de creanță”⁷⁹. De altfel, mai cu seamă în vechiul drept roman când cesiunea de creanță nu era admisă, novația reprezenta un mijloc indirect de a ajunge la rezultate apropiate cesiunii.

Într-adevăr novația prin schimbarea creditorului prezintă analogii cu cesiunea de creanță realizând o substituție a creditorului inițial, dar între aceste două instituții există și diferențe semnificative.

5.2. Elemente de diferențiere

5.2.1. În primul rând sub aspectul condițiilor de validitate, novația prin schimbarea creditorului este o convenție tripartită, spre deosebire de cesiunea de creanță care este un contract bilateral. Ca să fie vorba de o novație, debitorul trebuie să concure la operațiune, în vreme ce o cesiune se realizează fără participarea necesară a cedatului. În cadrul novației prin schimbarea creditorului consimțământul debitorului este esențial pentru a stinge datoria originară și mai ales pentru a se angaja către noul creditor, la fel cum voința vechiului creditor este indispensabilă pentru eliberarea debitorului. În alți termeni, s-a spus că novația prin schimbarea creditorului necesită pe lângă un nou creditor și un nou angajament din partea debitorului.⁸⁰

5.2.2. Efectuarea novației nu presupune îndeplinirea formalităților cerute de Codul civil pentru opozabilitatea cesiunii de creanță.

5.2.3. Principalul element de distincție între novație și cesiunea de creanță se constituie la nivelul efectelor celor două. Novația, spre deosebire de cesiunea de creanță, nu operează transmisiunea aceleiași creanțe, ci stingerea celei vechi și crearea uneia noi. Prin urmare novația implică în mod necesar dispariția obligației originare, iar nu menținerea acesteia cu toate caracteristicile care îi sunt atașate. Pornind de la acest aspect s-a arătat că „cesiunea de creanță realizează o schimbare a titularului într-un raport juridic care rămâne identic”, în vreme ce „novația realizează crearea unui raport juridic nou în profitul unui nou titular”.⁸¹

În considerarea consecințelor sale, novația este inclusă în prezent în capitolul VIII din Codul civil intitulat „Despre stingerea obligațiilor”, iar doctrina o tratează adesea în categoria mijloacelor juridice de transformare a obligațiilor. Urmând această orientare, Noul Cod civil include novația în titlul VI consacrat transmisiunii și transformării obligațiilor.

5.2.4. Novația având un efect extinctiv și nu translativ, face ca toate excepțiile și mijloacele de apărare pe care debitorul le-ar fi putut valorifica contra primei creanțe să nu fie opozabile celei de-a doua, ceea ce poate constitui un dezavantaj. Există totuși o rezervă și anume atunci când este vorba de nulitatea vechii creanțe întrucât aceasta reprezintă cauza noii obligații, astfel că validitatea obligației nou create depinde de validitatea celei vechi.

În materie de cesiune, din contră debitorul cedat poate să-i opună cesionarului toate mijloacele și excepțiile pe care le-ar fi putut folosi împotriva cedentului.

5.2.5. Ca urmare a novației, în principiu, nici noul creditor nu va mai beneficia de garanțiile și accesoriile creanței originare, pe când în cazul unei cesiuni acestea vor fi transmise cesionarului. Cu toate acestea, cu ocazia novației, este posibil să se deroge de la regula amintită rezervându-se în mod expres, printr-o convenție contrară, privilegiile și ipotecile creanței (art. 1134 Cod civil, art. 1611 alin. 1 Noul Cod civil). Art. 1611 alin. 1 din Noul Cod civil reia practic dispozițiile art. 1662 din Codul civil al Provinciei Quebec, care a fost interpretat în sensul că dacă acesta permite conservarea

de către noul creditor a rangului ocupat de către cel dintâi, nu va putea duce însă la prejudicierea drepturilor unui terț, oferindu-se drept exemplu situația în care noua creanță are o valoare superioară celei dintâi⁸².

5.3. Concluzii

Complexitatea novației prin schimbarea creditorului, care presupune un acord tripartit, precum și dezavantajele pe care le prezintă, pe de o parte pentru noul creditor care pierde garanțiile creanței originare, iar pe de altă parte pentru debitor care nu mai poate invoca excepțiile și mijloacele de apărare noului creditor, a dus la declinul acestei instituții, fiind din ce în ce mai rar întâlnită în practică. În schimb, cesiunea de creanță oferă un mecanism mai simplu și adesea mai benefic părților.⁸³ Singurul aspect care dăunează instituției cesiunii de creanță îl reprezintă formalitățile greoaie impuse pentru opozabilitate, dar care în reglementarea Noului Cod civil tind să se atenueze.

* LAURA RETEGAN este doctorand la Facultatea de Drept din Cluj. laura_retegan@yahoo.com

¹ C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trios personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968, nr. 3, p. 5;

² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Defrénois, Paris 2007, p. 751;

³ J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, cit. de G. Pillet, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, L.G.D.J., Paris 2004, p. 45;

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 757;

⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil publicată în M. Of. al României nr. 511/24.07.2009, adoptată în temeiul prevederilor art. 114 alin. 3 din Constituția României republicată, în urma angajării răspunderii Guvernului în fața Camerei Deputaților și a Senatului în ședința comună din data de 22 iunie 2009. Noul Cod civil va intra în vigoare la data care va fi stabilită în legea de punere în aplicare a acestuia. Potrivit art. 2.664 alin. 2 „În termen de 12 luni de la data publicării prezentului Cod civil, Guvernul va supune Parlamentului spre adoptare proiectul de lege pentru punerea în aplicare a Codului civil”. Prin H.G. nr. 277/11.03.2009 publicată în M. Of. al României, partea I, nr. 213/02.04.2009, au fost aprobate tezele prelabile ale proiectului de lege – Codul civil;

⁶ M. Tancelin, D. Gardner, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, Wilson&Lafleur Itée, Montréal 2003, p. 843; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligations*, Sirey, Paris 2007, p. 258-259 și 281; Cass com., 4 iunie 1996, în „Bull. Civ. IV”, nr. 308;

⁷ A. et. M.-C. Piedelievre, *Droit du credit*, cit. de C. Mouloungui, în *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, L.G.D.J., Paris 1995, p. 8;

⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, p. 283;

- ⁹ E. Cashin-Ritaine, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, L.G.D.J., Paris 2001, p. 96; M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 83-84; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 758;
- ¹⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, LGDJ, Paris 1979, nr. 540;
- ¹¹ C. Mouloungui, *op. cit.*, p. 81 și următ.;
- ¹² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 566 ;
- ¹³ B. Vartolomei, *Contractul de factoring*, Ed. Lumina Lex, București 2006, p. 62;
- ¹⁴ Aceleași considerente se regăsesc și în Expunerea de motive asupra Proiectului de Lege privind Codul civil, disponibilă pe site-ul www.just.ro;
- ¹⁵ C. Mouloungui, *op. cit.*, p. 75
- ¹⁶ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 244;
- ¹⁷ Fr. Bousquest și alții, *Obligations et contrats*, Éditions Yvon Blais, Cowansville 2003, p. 131;
- ¹⁸ M. Billiau, *op. cit.*, p. 87; Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 759;
- ¹⁹ C. Alexa, V. Ciurel, A.M. Mihăilescu, *Asigurări și reasigurări în comerțul internațional*, Ed. All, București 1992, p. 107;
- ²⁰ I. Sferdian, *Subrogația asigurătorului în drepturile asiguratului*, în „Dreptul” nr. 12/2002, p. 71-72;
- ²¹ J. Flour, J.-L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 269;
- ²² M. Billiau, *op. cit.*, p. 86-87; Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 760; Cass. Civ. 1^{re}, 27 noiembrie 1985, în Bull. Civ. I, nr. 326;
- ²³ J.L. Baudouin, P.-G. Jobin, *Les obligations*, Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville 1998, p. 742;
- ²⁴ D. Alexandresco, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, vol. VI, Tip. națională, Iași, 1900, p. 593;
- ²⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, p. 270-271; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Litec, Paris, 1999, p. 38; L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul I Regimul juridic general*, Ed. C.H. Beck, București 2006, p. 261; C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu 2008, p. 370;
- ²⁶ Curtea de Casație, secția a II-a, decizia nr. 727/1930, în C. Turianu, V. Pătulea, *Drept comercial. Culegere de practică judiciară*, Ed. C.H. Beck, București 2008, p. 161;
- ²⁷ M. Billiau, *op. cit.*, p. 95
- ²⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, p. 278;
- ²⁹ Cass. Civ. 1, 3 mai 1978, cit. de C. Mouloungui, *op. cit.*, p. 196-199;
- ³⁰ C. Mouloungui, *op. cit.*, p. 196 și următ.;
- ³¹ J. Mestre, B. Fages, *D'utiles précisions sur l'effet translatif de la subrogation personnelle*, în „Revue trimestrielle de droit civil” nr. 2/2003, p. 299;
- ³² M. Billiau, *op. cit.*, p. 97; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, p.279;
- ³³ L. Pop, *op. cit.*, p. 237;
- ³⁴ D. Alexandresco, *op. cit.*, p. 593;

- ³⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, p.283;
- ³⁶ J. Mestre, *op. cit.*, nr. 639, p. 698;
- ³⁷ P. Vasilescu, *Cesiunea de contract – între nominalism și realism juridic*, în „Cesiunea de contract. Repere pentru o teorie a formării progresive a contractelor” – coord. P. Vasilescu, Ed. Sfera Juridică, Cluj-Napoca 2007, p. 34;
- ³⁸ *Idem*, p. 39;
- ³⁹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Ed. Dalloz, Paris 1999, p. 470;
- ⁴⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 811;
- ⁴¹ L. Pop, *op. cit.*, p. 330;
- ⁴² L. Cadiet, *op. cit.*, fasc. 10, p. 5 ; D. Alexandresco, *op. cit.*, vol. VI, p. 697-698.
- ⁴³ T. R. Popescu, P. Anca, *op. cit.*, p. 395.
- ⁴⁴ H.G. nr. 277/11.03.2009 pentru aprobarea Tezelor prelabile ale proiectului de lege – Codul civil; publicată în M.Of. al României, partea I, nr. 213/02.04.2009;
- ⁴⁵ Pentru detalii privind categoriile de consimțământ a se vedea: J. Goicovici, *Cesiunea convențională a contractului*, în *Dreptul* nr. 1/2007, p. 74-75;
- ⁴⁶ Noțiunea de preluare de datorie internă o regăsim în doctrina elvețiană care distinge între această formă de preluare a datoriei ce implică promisiunea noului debitor față de debitorul originar de a-i prelua datoria (art. 175 CEO), și preluarea de datorie externă, privativă, care presupune în plus față de acordul dintre noul debitor și debitorul originar, consimțământul creditorului, respectiv un contract între noul debitor și creditor (art. 176 CEO). În acest sens: P. Engel, *Traité des obligations en droit Suisse*, Ed. Ides et calendes, Neuchatel, 1973, p. 278-280;
- ⁴⁷ În mod similar atât dreptul german cât și cel elvețian cunosc cele două forme de preluare de datorie. În acest sens a se vedea: F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Ed. Dalloz, Paris, 1997, p. 316-318 ; P. Tercier, *Le droit des obligations*, 2^e éditions, Ed. Schulthess, Zurich, 1999, p. 221-223;
- ⁴⁸ Pentru semnificația noțiunii de „cesiune” a se vedea comentariul la art. 9.2.1. din Principiile UNIDROIT, disponibile pe site-ul <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm> ;
- ⁴⁹ L. Pop, *op. cit.*, p. 291, I. Popa, *Cesiunea contractului*, în „*Dreptul*” nr. 10/2006, p. 132-133;
- ⁵⁰ I. Deleanu, *Părțile și terții. Relativitatea și opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, București 2002, p. 55-59; Fl. Al. Șteopan, *Considerații privind cesiunea convențională de contract*, în „SUBB” nr. 2/2003, p. 96-117; L. Pop, *op. cit.*, p. 289-295; I. Popa, *op. cit.*, p. 122-135, J. Goicovici, *Cesiunea convențională...*, p. 52-86; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Contracte speciale, Volumul I. vânzarea și schimbul*, Ed. C.H. Beck, București 2008, p. 191-192.; P.Vasilescu, *op. cit.*, p. 5-54.; J. Goicovici, *Formarea progresivă a contractului*, Ed. Wolters Kluwer, București 2009, p. 213-278;
- ⁵¹ Ch. Larroumet, *op. cit.*, p. 159; Ch. Lapp, cit. de L Aynes, *op. cit.*, p. 63
- ⁵² M. Billiau, *op. cit.*, p. 5-6.
- ⁵³ *Idem*, p. 9;

- ⁵⁴ Cass. 3^eciv, 12 decembrie 2001, M. Billiau, Ch. Jamin, *Cession conventionnelle de contrat est soumise au régime de la délégation de l'article 1275 du code civil*, Note, „Le Dalloz” (Jurisprudence) nr. 12/2002, p. 984-986;
- ⁵⁵ Ch. Larroumet, *Le descente aux enfers de la cession de contrat*, în „Le Dalloz” (Point de vue), nr. 20/2002, p. 1556;
- ⁵⁶ Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel Munck, *op. cit.*, p. 479; Ch. Lachièze, *L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat*, în „Dalloz” (Doctrine), nr. 12/2000, p. 185;
- ⁵⁷ L. Aynes, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Ed. Economica, Paris, 1984, p. 84-96. L. Aynes are aici în vedere cauza contractului, iar nu a obligației.
- ⁵⁸ *Idem*, p. 166-170;
- ⁵⁹ Ch. Larroumet, *Le descente ...*, p. 1555;
- ⁶⁰ Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, p. 1095; I. Popa, *op. cit.*, p. 124;
- ⁶¹ J. Flour, J. L. Aubert, É. Savaux, *op. cit.*, p. 295; J. Goicovici, *Cesiunea ...*, p. 61-62;
- ⁶² G. Pillet, *op. cit.*, p. 11 și următ.; E. Jeuland, *Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne*, în „Recueil Dalloz” nr. 37/1998 (Cahier, Jurisprudence), p. 356-358; I. Najar, *Clause de substitution et position contractuelle*, în „Dalloz” (Chronique) nr. 24/2000, p. 635639;
- ⁶³ Cass. com., 6 mai 1997, M. Billiau, Ch. Jamin, Note, „Le Dalloz. Recueil” (Jurisprudence) nr. 43/1997, p. 589-591; M. Billiau, *op. cit.*, p. 9 ;
- ⁶⁴ Ch. Lachièze, *op. cit.*, p. 189;
- ⁶⁵ L. Aynes, *Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé*, în „Recueil Dalloz”(Cahier Chronique) nr. 3/1998, p. 26; Ph. Malaurie, L. Aynes, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, p. 488
- ⁶⁶ D. Krajeschi, *L'intuitus persoane et la cession du contrat*, în „Dalloz”(Commentaires) nr. 17/2001, p. 1345-1347;
- ⁶⁷ Ch. Larroumet, *Le descente...*, p. 1555;
- ⁶⁸ F. Al. Șteopan, *op. cit.*, p. 117; D. Chirică, *op.cit.*, p. 294;
- ⁶⁹ I. Popa, *op. cit.*, p. 123 și 129-130;
- ⁷⁰ L. Pop, *op. cit.*, p. 294-295; I. Deleanu, *op. cit.*, p. 59-60;
- ⁷¹ J. Goicovici, *Formarea ...*, p. 251-259;
- ⁷² G. Pillet, *op. cit.*, p. 48;
- ⁷³ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 45-53;
- ⁷⁴ C. M. Bianca, G. Patti, S. Patti, *Lessico di diritto civile*, Ed. Giuffrè, Milano 1991, p. 116; *Codice civile spiegato articolo per articolo*, Edizioni Giridiche Simone cit. de I. Popa, *op. cit.*, p. 122;
- ⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 479;
- ⁷⁶ L. Aynes, *La cession...*, p. 11;
- ⁷⁷ *Idem*, p. 15;
- ⁷⁸ *Ibidem*;

⁷⁹ J. Carbonnier, *Droit civil. Les biens et les obligations*, tome second, Presses Universitaires de France, Paris, 1964, p. 769 ;

⁸⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op.cit.*, p. 799;

⁸¹ J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, p. 304;

⁸² Fr. Bousquest și alții, *op. cit.*, p. 135;

⁸³ J.L. Baudouin, P.-G. Jobin, *op. cit.*, p. 749.

O PRIVIRE ASUPRA SISTEMULUI TORRENS DE PUBLICITATE IMOBILIARĂ

Ana-Cristina BĂDIȚA*

Abstract: A View on the Torrens System. *To create a perfect land register – one which will protect with the same efficiency both the good faith buyer as well as the owner who was fraudulently evicted and who can not be depicted as negligent – is a difficult if not impossible undertaking. My interest was drawn to the original and inspired solutions which exist in the Australian Torrens system, which could be a model for the Romanian legislation, considering the current efforts to systematize the whole territory and to put it under a unique book land. If according to Statute nr.7/1996 the effect of the registration is opposability towards third parties, in the New Civil Code Project the constitutive effect is put back into play. The text is an argument for the latter solution which already exists in Australia for a century and a half.*

Rezumat: O privire asupra sistemului Torrens. *A concepe cartea funciara ideală, cea care să-l protejeze, în același timp și cu aceeași eficiență, pe subdobânditorul de bună credință cu titlu oneros, dar și pe proprietarul evins și fraudat, căruia nu i se poate imputa neglijența, este un demers dificil, poate chiar imposibil. Cu toate acestea, atenția mi-a fost atrasă de soluțiile originale și inspirate descoperite în sistemul australian de publicitate a imobilelor (the Torrens system), care ar putea constitui un model pentru legislația din România, în contextul eforturilor actuale de a sistematiza întregul teritoriu și de a-l supune unei cărți funciare unice. Dacă în Legea nr. 7/1996 efectul înscrierilor este cel de opozabilitate față de terți, în Proiectul Noului Cod Civil se revine la efectul constitutiv. Textul de mai jos este un argument în favoarea celei din urmă rezolvări, adoptate deja de acum un secol și jumătate în Australia.*

Keywords: real property act, Torrens, land register.

Cuvinte cheie : legea proprietății imobiliare, Torrens, cartea funciara.

*Law cannot simultaneously be a lofty moral aspiration
and a morally neutral instrument that is serviceable
for evil as for good. (Nigel Simmonds)*

În prima parte a articolului este prezentată Australia prin intermediul a trei dimensiuni: politică (este membră a Commonwealth-ului), culturală (a rezultat din întâlnirea dintre primii locuitori - numiți aborigeni - și coloniștii britanici - un melanj cultural care presupune, încă, eforturi de adaptare) și juridică (sistemul este cel de common law). Sunt tratate, apoi, cele două mari sisteme de publicitate imobiliară - personal și real -, insistând pe abordarea detaliată a celui real, inițiat de Sir Robert Richard Torrens, „registrator general al titlurilor” în Australia. Acesta a fost descris

ca un irlandez „impulsiv și autoritar (...), nepopular chiar și printre oamenii săi”¹, care a reușit să își impună ideile de reformă în urma unor discursuri persuasive, ținute în Parlamentul britanic în calitate sa de reprezentant al Adelaidei. În ultima parte a articolului sunt enumerate principiile cărții funciare române și este comparată cu cea australiană. În cadrul concluziilor se vor regăsi două propuneri de *lege ferenda*: una vizează adoptarea conceptului australian de *indefeasible title* (titlu inatacabil), potrivit căruia titlul înscris în Registru încorporează și garantează dreptul, iar cealaltă se referă la *compulsory maintenance* (înregistrarea obligatorie a terenurilor în cartea funciară).

Commonwealth și common law

1. Commonwealth – ul Națiunilor

Commonwealth-ul (common = comun, wealth = prosperitate) este o organizație interguvernamentală alcătuită din 53 de state independente, din care majoritatea au făcut parte din Imperiul Britanic. A fost înființată în secolul al 19-lea în urma unor Conferințe Imperiale prin care s-a recunoscut independența coloniilor. Commonwealth-ul Australiei s-a format la 1 ianuarie 1901, atunci când cele șase colonii britanice (South Australia, Western Australia, Queensland, Victoria, Tasmania, New South Wales) s-au unit pentru a alcătui o federație. Declarația de la Londra de la 28 aprilie 1949, privind statutul de membru al Indiei, a constituit punctul de început al Commonwealth-ului modern. Obiectivele organizației au fost stabilite pentru prima dată în Declarația de la Singapore din 1971: promovarea democrației reprezentative și a libertății individuale, egalitatea șanselor și opoziția față de rasism; lupta împotriva sărăciei, ignoranței și bolii; piața liberă. Commonwealth –ul este privit ca un „forum internațional în cadrul căruia economii dezvoltate (precum Regatul Unit, Australia, Canada, Singapore și Noua Zeelandă) și unele dintre cele mai sărace state ale lumii încearcă să ajungă la un consens”². Titlul deținut de regină ca „head of state” al Australiei include următoarele: „Elizabeth the Second, by the Grace of God, Queen of Australia and of Her other Realms and Territories, Head of the Commonwealth”. Limba engleză este considerată un simbol al organizației și o condiție pentru a deveni membru.

2. *Terra australis incognita*

2.1. Aborigenii

Termenul *aborigen* provine din latină: *ab*=de la, iar *origo*=origine, început. Ei sunt primii locuitori ai Australiei. Cele mai vechi urme de oameni datează de acum 40000 de ani -scheletul unui bărbat, descoperit în lacul Mungo din New South Wales, care a trăit în Pleistocen-, dar cercetătorii presupun că teritoriul a fost locuit încă de acum 70000 de ani, în urma unor valuri de migrații, în perioada când continentele erau unite. Aborigenii erau vânători seminomazi, împărțiți în peste 250 de

triburi (Koori, Murri, Noongar, Nunga etc.), fiecare vorbind o altă limbă. Mitologia lor pornea de la concepția a două tipuri de timp, calitativ diferite. Unul era timpul obiectiv, comun, ireversibil, și altul era timpul mitic -*Altjeringa* (*Dreamtime* = timpul visului) - resimțit ca un ciclu sacru, infinit, mai real decât realitatea însăși. Este timpul ancestral, din afara timpului obiectiv, în care Spirite Totemice au creat universul. Legile, valorile, simbolurile societății aborigene derivă din evenimentele petrecute în acel "illo tempore", care este mereu prezent, pentru că nu are început, nici sfârșit. "Relația spirituală (dintre aborigeni și pământ *n.a.*) este centrată pe credința că ființe ancestrale au creat forma pământului și oamenii. Coincidența spațială a acestor activități stabilea identitatea clanurilor și granițele teritoriilor lor"³. Limitele dintre două proprietăți erau trasate în funcție de repere topografice și erau cunoscute de comunitate. Evidența se ținea prin intermediul dansului, cântecelor, ceremoniilor și picturii. Modul în care se raportau la pământ era fundamental diferit de cel al coloniștilor, ceea ce a constituit unul dintre principalele impedimente în dificila misiune de a măsura și înregistra întregul teritoriu australian. Arta includea instrumente muzicale precum *didgeridoo* -un instrument tradițional, iar în pictură se foloseau nuanțe de brun și ocră, subiectele predilecte referindu-se la întâmplările din *Altjeringa*. Se picta pe copaci, pereții peșterilor, pietre.

2.2. Coloniștii

Termenul *Australia* deriva din latinescul *australis*, care înseamnă „de sud”⁴. Legende privind o *terra australis incognita* („țara necunoscută din sud”) datează încă din vremea romanilor, dar se consideră, în mod obișnuit, că Australia a fost descoperită de europeni abia în secolul al 17-lea, când navigatorul olandez Willem Janszoon a ajuns până în golful Carpentaria și a explorat coasta vestică a peninsulei Cape York. La 1770, James Cook, mai întreprinzător, a declarat ținutul descoperit de el, și numit New South Wales, ca aparținând Coroanei și în curând a fost urmat de alți exploratori trimiși de Imperiul Britanic pentru a cuceri întregul continent, pe care l-au organizat în câteva colonii: New South Wales (1788), din care s-au desprins South Australia (1836), New Zealand (1840), Victoria (1851) și Queensland (1859). Întâiul motiv de interes pentru noile teritorii a fost acela de a le coloniza cu deținuții ce suprapopulau închisorile de pe Insulă. Cu toate acestea, în scurt timp a apărut ca evidentă principala bogăție a Australiei - pământul: la începuturile ei, Australia a fost „a land job”⁵. "Spre deosebire de Anglia, pământul era stăpânit în comun și făcea obiectul tranzacțiilor zilnice, în loc să fie apanajul celor puțini"⁶. Odată cu descoperirea aurului, entuziasmul a crescut exponențial, ceea ce îl va îndreptăți pe Robert Torrens să afirme: "Arta colonizării se bazează pe știința prosperității; regulile artei sunt principiile științei aplicate în practică"⁷. Colonizarea a avut un impact negativ asupra băștinașilor: prin sistematizarea teritoriului, coloniștii le-au afectat resursele de hrană și i-au alungat spre interiorul continentului, unde predomină zonele deșertice; i-au contaminat cu boli la care erau deosebit de vulnerabili; i-au forțat să locuiască în rezervații, lipsindu-i de pământul pe care-l

zeificau: ”Conceptul de *terra nullius* a fost folosit de invadatorii albi pentru a-și justifica pretenția de suveranitate asupra unui teritoriu care nu era al lor. (...) I-au considerat pe locuitori ca fiind niște nomazi primitivi care nu foloseau pământul și nu aveau nevoie de el”.⁸

3. Common law

Common law, spre deosebire de civil law, se referă la sistemul juridic dezvoltat prin intermediul deciziilor judecătorești și mai puțin prin acte ale puterii legislative. Precedentul judiciar obligă instanțele să urmeze, în cazuri identice ori similare, același raționament utilizat în deciziile anterioare (principiul *stare decisis*). Atunci când curtea consideră că speța este fundamental diferită de toate spețele de până atunci, ea va decide „as a matter of first impression” (ca la o prima analiză) și, astfel, noua hotărâre va constitui un precedent. Cu toate acestea, numai unele decizii leagă instanțele, și anume cele ale curților superioare. Celelalte dețin autoritate, dar nu sunt imperative. Sistemul de common law s-a dezvoltat în Anglia și Țara Galilor în mod gradual, prin uniformizarea obiceiurilor din diverse zone ce a urmat Cuceririi Normande (1066), când William I a învins în bătălia de la Hastings și s-a declarat, în conformitate cu ideile medievale, ”proprietarul fiecărui inch din solul britanic”.⁹ El a organizat sistemul feudal prin care pământul era doar „arendat” (*land tenure*) în schimbul unor servicii- militare (*chivalric tenure*), religioase (*spiritual tenure*) sau agricole (*socage tenure*)- oferite regelui sau unui „detentor” (*tenant in capite*) care a primit direct de la rege. Sistemul piramidal instituit de William I îi includea, la nivelul cel mai de jos, pe șerbi (*villeins*), care erau legați de pământul pe care lucrau și erau vânduți o dată cu el. Centralizarea statală desăvârșită de normanzi a precedat formarea unui sistem juridic comun. Judecători regali erau trimiși în toată țara pentru a soluționa disputele în numele regelui (*justices in eyre*), iar aceștia „erau tentați să aplice de fiecare dată aceleași reguli (common law = reguli comune întregii țări) și nu să țină seama (...) de obiceiurile locale”.¹⁰ La originea principiului *stare decisis* stă legea *In Consimili Casu* (Statutul de la Westminster), adoptată sub Edward I, în 1285, prin care îi erau recunoscute reclamantului noi acțiuni în justiție (*writs*) - un fel de „instrucțiuni” ale regelui prin care acesta ordona pârâtului să compare în fața curții și să-și probeze nevinovăția-, însă numai dacă erau „asemănătoare” (*in consimili casu*) cu cele deja permise. Regula rămânea neschimbată- acolo unde nu există acțiune, nu există drept (*ubi remedium, ibi jus*)-, dar curții i se lăsa libertatea de interpretare a ceea ce constituie acțiuni „similare”. Astfel, judecătorii sunt responsabili de crearea dreptului prin subtilitatea cu care își adaptează hotărârile necesităților societății. După anul 1285 sistemul de common law s-a dezvoltat lent, dar constant, urmând liniile directe trasate prin intermediul precedentului judiciar. Se poate afirma că „(...) era un drept cu un caracter relațional (*real property* se exprimă întotdeauna în termenii relațiilor feudale), în care oamenii își recunoșteau propria situație socială”.¹¹

În Australia englezii și-au impus legile fără a fi interesați de cutumele locale. Ei „au considerat justificat să scrie, pe ceea ce priveau ca fiind puțin mai mult de o *tabula rasa*, setul lor de legi, obiceiurile și religia. Nu mai este nevoie să se amintească faptul că acestea din urmă nu prezentau nicio semnificație pentru grupurile de oameni (indigenii *n.a.*) cu norme sofisticate, limbi și religie proprie și cu propriile „țări” clar delimitate”¹². În 1978, în cauza *Milirrpum v Nabalco Pty Ltd and the Commonwealth*, Blackburn, judecător al Curții Supreme a Teritoriilor de Nord, a părut convins de existența unui sistem juridic indigen la sosirea coloniștilor, adică în anul 1788: ” ... a subtle and elaborate system highly adapted to the country in which the people led their lives, which provided a stable order of society and was remarkably free from the vagaries of personal whim or influence” (“un sistem juridic subtil și elaborat, bine adaptat țării locuite de acești oameni, care asigură o ordine socială stabilă și era eliberat de capriciile ori de influența personală a cuiva”). Dreptul cutumiar indigen nu a fost, totuși, recunoscut atunci, deoarece instanța era legată de o hotărâre a Privy Council ce data din 1889, în cauza *Cooper v Stuart*. De-a lungul anilor s-au făcut progrese în sensul acceptării dreptului aborigenilor, însă diferențele dintre cele două sisteme juridice riscă să ducă la incompatibilitate: ” ce se va întâmpla dacă dreptul cutumiar permite agresarea fizică a femeilor atunci când descoperă secrete ale bărbaților?”¹³. Unele obiceiuri sunt în concordanță cu drepturile omului, altele nu. ”Dreptul și practicile cutumiare ar trebui să fie recunoscute atunci când nu aduc atingere dreptului comun și când justiția este servită mai bine în acest fel”¹⁴. Spre exemplu, ”potrivit legii australiane, toate drepturile aborigenilor cu privire la pământ, existente înainte de colonizare, au supraviețuit și sub dominația britanică”¹⁵. Ele au fost recunoscute prin *Native Title Act*, lege promulgată în 2002.

Sistemele de publicitate imobiliară

1. *The deeds system*

Australia s-a dezvoltat datorită tranzacțiilor cu terenuri: ”vânzarea și cumpărarea pământului era adevărata *raison d’etre*”¹⁶. Principala problemă căreia au trebuit să-i facă față coloniștii era lipsa măsurătorilor cadastrale, care se datora unei viziuni fundamentale diferite. Aborigenii se considerau spiritual legați de teritoriul pe care își aveau tribul, coloniștii îl considerau un bun. În cazul primilor, transferul se realiza numai prin moștenire; în cazul celor din urmă, pământul putea fi moștenit, dar și vândut ori arendat. Proprietatea era comună la aborigeni și individuală („grants from the Crown”) la coloniști. Liniile de demarcație dintre două terenuri se mulau pe trăsăturile peisagistice la băștinași; în schimb, la coloniști, punctele de reper erau artificiale și stabilite matematic. Măsurătorile cadastrale nu au început imediat după colonizare, ci după o anumită perioadă, ceea ce a permis constituirea unor „titluri”, care erau mai degrabă niște „receipts issued by the Commissioner of Public Lands and the Colonial Treasurer”¹⁷. Nu erau precizate nici mărimea, nici poziția loturilor,

iar „desenul marginal era un dreptunghi lângă un număr”¹⁸. Topograful General („Surveyor General”) răspundea de măsurarea terenurilor și înregistrarea tranzacțiilor. Orice înstrăinare se baza pe măsurătorile cadastrale, care cereau timp. Nu este de mirare că, la început, numărul posesorilor îl depășea cu mult pe cel al proprietarilor. A fost realizat un cadastru superficial, distrus de un incendiu în 1839. În primii ani, experții topografi au avut de măsurat 2000 de mile pătrate de teritoriu, pe care apoi îl consemnau în registre anume concepute. O dată cu aproximativa finalizare a măsurătorilor, interesul englezilor în tranzacțiile imobiliare a cunoscut o curbă ascendentă, astfel încât prețul loturilor bine situate a crescut de 200 de ori.

În ce consta sistemul înregistrării titlurilor („Deeds System”) ? În primii 70 de ani de colonizare, toate transferurile de pământ foloseau acest sistem prin care „proprietatea era dovedită printr-o rețea de titluri, care presupunea evidențierea transferului fiecărui drept, privind un anumit teren, de la o persoană la alta”¹⁹. Era un sistem personal de publicitate: evidența transferurilor se ținea după proprietar și nu după imobil. Un astfel de sistem era greoi, incomod și, mai presus de toate, riscant, deoarece dreptul se transfera numai dacă antecesorul era adevăratul proprietar. ”A single defect in the chain of deeds can nullify the title”²⁰ („orice neregularitate în rețeaua de titluri ducea la nulitatea actului de proprietate”).

Până pe la 1840 sarcina dovedirii dreptului de proprietate nu prezenta obstacole insurmontabile deoarece loturile erau primite direct de la rege și cumpărătorii subsecvenți erau încă puțini. Când transferurile au devenit profitabile, au apărut fraudele, și de aici nevoia unui sistem eficient prin care să se probeze dreptul. Competiția pentru pământ a devenit din ce în ce mai acerbă, iar disputele privind întâietatea erau frecvente. S-a ajuns la vânzarea ori ipotecarea aceluiași lot de mai multe ori, în mod fraudulos sau nu, respectiv la cumpărarea la licitație a unui lot propriu. Vulnerabilitatea titlurilor era cauzată și de întoarcerea în colonie a proprietarilor absenți, care își angajaseră mandatar să le cumpere terenuri, iar aceștia din urmă își depășiseră atribuțiile („power of attorney”), astfel că se puneau problema valabilității contractelor încheiate de ei. Insecuritatea afecta dramatic transferurile.

Cei care aveau de câștigat erau avocații, foarte bine plătiți pentru a-și oferi serviciile celor care doreau să vândă ori să cumpere, și ei vor fi primii care se vor opune modificării sistemului. Așa cum se plânga un mic proprietar, ”the South Australian freeman had to hold his homestead by a sort of covert imposture that would not bear exposure to daylight”²¹ („proprietarul australian este obligat să-și țină gospodăria într-un fel de clandestinitate ce nu suportă lumina zilei”). Inconveniențele vechiului sistem se acutizau direct proporțional cu numărul transferurilor. Cu cât acesta creștea, cu atât era mai dificilă și mai consumatoare de timp verificarea tuturor titlurilor anterioare. După cum s-a menționat, dreptul nu se transfera de la vânzător la cumpărător dacă vreunul dintre vânzătorii anteriori nu era adevăratul proprietar. ”Singurul avantaj al înregistrării sub acest sistem era faptul că putea conferi prioritate împotriva oricărei pretenții subsecvente cu privire la titlu”²². Se cerea o reformă...

2. *The Torrens system*

2.1. Un irlandez în Australia

... Iar reforma a luat chipul unui curajos politician irlandez, pe nume Torrens. Cine a fost acesta?

La 13 decembrie 1840 acosta, în golful St. Vincent din South Australia, după o călătorie de 4 luni, un emigrant numit Robert Richard Chute Torrens. Născut la Cork, în Irlanda, la 31 mai 1812, și educat la Trinity College din Dublin, ”Radical Torrens”, așa cum era poreclit de colegi, a ajuns vameș la Port of London. Nu pentru mult timp, deoarece, după ce s-a căsătorit, și-a luat soția și a pornit-o spre misterioasele meleaguri ale Australiei, una dintre cele mai recente colonii britanice. Acolo a ocupat postul de „Collector of Customs” (încasator de taxe vamale)- „probabil prin intermediul influenței tatălui, președinte al comisiei privind colonizarea din South Australia”²³ - și a avut ocazia să analizeze beneficiile sistemului simplu și eficient prin care erau înstrăinate navele, sistem introdus prin English Merchant Shipping Act din 1854. Fiecare vas avea o filă proprie, într-un registru, în care erau menționate numele vasului, descrierea acestuia, numele proprietarului și sarcinile aferente. Un duplicat al paginii îi era înmânat proprietarului și acesta era „dovada irefutabilă”²⁴ a dreptului. Orice pretenție a terților asupra vasului trebuia înscrisă în registru, așa încât putea fi cu ușurință cunoscută. Când se înstrăina un vas, singurul lucru pe care îl avea de făcut vânzătorul era acela de a-i da cumpărătorului duplicatul paginii („certificatul său de proprietate”), după ce menționa că proprietatea s-a transferat la acesta din urmă. Cumpărătorul se prezenta la oficiul competent și i se elibera un certificat cu numele său, deschizându-se o nouă pagină, iar vechea pagină era anulată. Simplitatea sistemului l-a încântat pe Torrens, care și-a propus să încerce adoptarea unuia similar și în ce privește transferul pământurilor. Deocamdată, însă, irlandezul ne apare implicându-se în conflicte „contondente” cu jurnaliștii care îi critică activitatea ca vameș... O caracterizare succintă îi face profesoara Rosalind Croucher de la Universitatea din Adelaide, South Australia: ”Era în mod evident un om ambițios, ca și tatăl lui, și foarte dornic să lase ceva în urmă; bineînțeles, dorea și să facă bani. Era (...) impetuos, combativ, un bărbat cu o încredere feroce în virtuțile discursului direct, capabil să enerveze groaznic oamenii.(...) Era înclinat spre a fi impulsiv și autoritar. Aceste caracteristici nu erau bine primite într-o țară tânără, locuită de bărbați și femei care trăiau prin muncă grea și hrană frugală. Mai mult, tipul de persoană și modul de viață care puteau fi cunoscute în acele vremuri în port nu erau prielnice unei persoane educate și cu autoritate, mai ales una lipsită de tact. Era inevitabil ca Mr.Torrens sa fie nepopular nu numai printre cei pe care îi controla, dar și printre cei care îl deserveau. (...) Stein consideră că a dezvoltat <aura unui cruciat și a obținut atributele unui campion public>. (...) Alții l-au privit ca pe un <rechin al pământului> sau ca pe un <pungaș și un escroc de cea mai joasă speță>”²⁵. Opiniile sunt diverse, iar omul Torrens necesită multiple nuanțe pentru a-i surprinde esența. Torrens, „oricât de impetuos

ori fioros i-ar fi caracterul, sau chiar carismatic uneori, (...) a fost omul potrivit la locul potrivit”²⁶, consideră Rosalind Croucher. După 12 ani petrecuți ca și „Collector of Taxes”, acesta a ajuns Registrar of Deeds (Registrator al Titlurilor), în 1853, unde a avut ocazia să se familiarizeze cu sistemul înregistrării titlurilor, să-i observe lacunele și să reflecteze cu privire la posibilitatea introducerii aceluiași sistem în ce privește tranzacțiile cu terenuri. ”Cruciada” sta să înceapă...

2.2. Pământul – „the people’s question”?

La sosirea irlandezului, în Australia existau două forme de proprietate: ”una absolută și inatacabilă, dobândită direct de la rege, și alta dobândită prin convenție sau succesiune, care era nesigură din cauza clandestinității înstrăinărilor succesive și constituirii de sarcini oculte”²⁷. Ceea ce și-a propus Torrens a fost transformarea fiecărei tranzacții într-una “primară”, care nu necesită verificarea titlurilor antecesorilor, ca și cum proprietarul ar fi dobândit pământul direct de la rege. Sursele de inspirație ale noului sistem au fost diverse, iar modul de transfer al vaselor este doar unul dintre ele. El însuși a recunoscut că a adaptat sisteme de înregistrare deja existente, precum cel folosit în Liga Hanseatică, și a fost consiliat, printre alții, de avocatul german Ulrich Hubbe, care se presupune că i-ar fi sugerat să își îndrepte privirea către sistemul hanseatic²⁸. Acest lucru nu-i scade în niciun fel din merite, deoarece adoptarea, în 1858, a *Real Property Act* (legea privind proprietatea funciară) se datorează talentului și perseverenței dovedite de el în promovarea legii în Parlamentul britanic. Deja din 1836 apăruse ca stringentă necesitatea unei înregistrări a titlurilor de proprietate, testamentelor, contractelor de vânzare, iar acest lucru s-a realizat abia în 1842, însă „înregistrarea nu era altceva decât o evidență care nu avea rolul de a înlocui titlurile de proprietate, de a le acorda protecția legii sau de a defini locațiile sau granițele incerte”²⁹. Anthony Forster, proprietarul ziarului „The Register”, milita pentru aceeași idee ca Torrens, a utilizării sistemului din British Shipping Act privind transferul navelor. Avocații nu erau deloc entuziasmați de reformele care se preconizau pentru că riscau să piardă mare parte din venituri, ceea ce l-a nemulțumit pe Forster: ”If they were going to fight to the last gasp on the hustings, then the rights of the profession would be swept away together with the wrongs of their clients (...). <People have groaned under legal inflictions and legal expenses until, in sheer despair, they have resolved to shake of so oppressive an incubus>³⁰” („Dacă ei au de gând să lupte până la ultima suflare, atunci drepturile profesiei lor vor fi șterse împreună cu neregularitățile clienților lor (...). <Oamenii au murmurat împotriva obstacolelor legale și cheltuielilor judiciare până când, disperați, au reușit să elimine acest monstru”). Orice fel de tranzacții cu pământuri necesitau ca proprietarul să caute consiliere juridică, deoarece mare parte din reguli (...) erau de natură tehnică. (...) Așa că fiecare tranzacție, indiferent că era comercială sau era un testament (...) ori o succesiune, făcea cunoștințele de specialitate ale unui avocat indispensabile. Trebuie amintit, de asemenea, că termenii folosiți în acte trebuia să fie aleși cu grijă. O greșeală putea

cauza multe probleme”³¹. Fiecare tranzacție anterioară necesita verificare, titlul fiind derivat, pentru a se obține dovada faptului că actul provine de la un adevărat proprietar.

Torrens s-a impus ca reformatorul mult-așteptat și pentru că a știut cum să-și popularizeze ideea, astfel că a fost ales, în 1857, reprezentant al Adelaidei în Parlamentul britanic, în urma unor discursuri incendiare, prin care s-a angajat să lupte pentru adoptarea legii privind transferurile imobiliare: ”*In Australia the great mass of people are, or confidently look to become, landed proprietors. In Australia, therefore, thorough law reform is essentially the people’s question.*” („În Australia, majoritatea populației este sau dorește să fie proprietară de pământ. Reforma legislativă este, prin urmare, problema oamenilor.”). Nici el nu a avut sprijinul profesiiilor juridice: ”it was his aim to make everything so that all might understand it, while all lawyers’s work was hidden under a jargon of dog Latin and bad Norman, that does not belong to any language, living or dead.”³² („era dorința lui de a face ca totul să fie comprehensibil, în timp ce toată munca avocaților era ascunsă în spatele unui jargon de latină vulgară și normandă proastă, care nu aparține niciunei limbi, vie sau moartă.”). Torrens a introdus în Parlament proiectul de act normativ *-Real Property Act-* la 4 iunie 1857 și a declarat că motto-ul adversarilor săi ar trebui să fie *Carthago delenda est* (Cartagina este distrusă). Abia după a treia citire legea a fost votată, cu o majoritate de 5, la 26 ianuarie 1858, iar la 1 iulie același an a intrat în vigoare. ”Torrens a fost privit în mod public ca un erou, ca un gigant, ca un Goliath”³³, și a fost numit Registrator al Titlurilor. Prin lege s-a înființat un Oficiu al Înregistrărilor - *Lands Titles Board of the Registrar General* -, iar doi *Commissioners* ofereau „*indefeasible title of real property by certificate instead of by deed*” (titluri inatacabile prin intermediul certificatelor). Loturile înstrăinate după intrarea în vigoare a legii urmau să fie înregistrate la *Lands Titles Office*. Scopul legii era acela de a „asigura securitate și simplitate oricărei tranzacții, prevăzând că titlul depinde de înregistrarea sa, că toate drepturile trebuie să poată fi protejate prin intermediul înregistrării și că niciun titlu înregistrat și niciun drept nu trebuie să fie afectat de nicio pretenție sau taxă care nu este înregistrată”³⁴. Funcțiile înregistrării sunt următoarele: identificarea parcelelor, identificarea proprietarului, identificarea și verificarea drepturilor sau obligațiilor cu privire la teren, protejarea proprietarului împotriva pretențiilor terților, facilitarea tranzacțiilor (este necesară doar verificarea registrului, nu și a titlurilor anterioare), probarea dreptului³⁵.

2.3. Sistemul Torrens

A. Principiile

În doctrina australiană au fost evidențiate următoarele principii: cel al independenței, al invulnerabilității, al garantării validității înregistrărilor de către stat.

Principiul care stă la baza a ceea ce a fost mai târziu numit „the Torrens System” este **independența** titlurilor, prin care se evită investigarea retroactivă specifică titlurilor derivate. ”Menirea înregistrării este de a permite ca persoana care dorește să afle care sunt drepturile sau obligațiile referitoare la un anumit teren să nu trebuiască să consulte altceva decât registrul”³⁶. Apare ca necesară o comparație succintă cu sistemul introdus în România prin Legea nr. 7 din 1996. În articolul 30 sunt instituite două prezumții relative: „Dacă în cartea funciară s-a înscris un drept real, în condițiile prezentei legi, în folosul unei persoane, se prezuma că dreptul există în folosul ei dacă a fost constituit cu bună-credință, cât timp nu se dovedește contrariul” (al.1) și „dacă un drept s-a radiat din cartea funciară, se prezumă că acel drept nu există” (al.2). Articolul 31 este la fel de relevant pentru precaritatea forței probante a publicității autohtone: „cuprinsul cărții funciare (...) se consideră exact numai în folosul acelei persoane care, în virtutea unui act juridic cu titlu legal, a dobândit cu bună-credință un drept real înscris în cartea funciară (al.1) și „dobânditorul este considerat de bună-credință dacă, la data înregistrării cererii de înscriere (...) , nu a fost notată nicio acțiune prin care se contestă cuprinsul cărții funciare sau dacă din titlul transmițătorului și din cuprinsul cărții funciare nu reiese vreo neconcordanță între acestea și situația juridică reală”. Acțiunile în rectificarea cărții funciare, care pot fi introduse, potrivit sistemului român, în cazul în care actul în temeiul căruia s-a efectuat înscrierea nu a fost valabil (și în alte situații), nu permit asigurarea a ceea ce în doctrina australiană a fost recunoscut drept independența titlurilor și care a fost principalul scop al lui Torrens.

Un alt principiu fundamental, strâns legat de primul, este principiul „**invulnerabilității**” (*indefeasibilit*), menționat mai sus. Conform articolului 33 din *Real Property Act*, ”every certificate of title or entry in the register book shall be conclusive, and vest the estate and interests in the land therein mentioned in such manner and to such effect as shall be expressed in such certificate or entry valid to all intents, save and except as in hereinafter provided in the case of fraud and error.” („Orice act de proprietate sau înscriere în registru trebuie să aibă caracter final și să investească patrimoniul mobil și imobil de o asemenea manieră și cu un asemenea efect încât să fie valid în orice situație, cu excepția cazurilor de fraudă și eroare”). Sistemul era următorul: titlul de proprietate (*certificate of title*), obținut pe baza înregistrării, consta într-o filă din acel registru, în care erau arătate numele proprietarului, natura dreptului, situația imobilului, planul său și originea proprietății, iar pe verso erau enumerate sarcinile care-l grevează, capacitatea juridică a proprietarului și faptele care o pot influența (precum minoritatea). Un duplicat i se înmâna proprietarului, după ce erau notate numărul corespunzător din registru și numărul filei, iar acel titlu constituia, în principiu, o valoare absolută (era „*indefeasible*”, invulnerabil, inatacabil). Era exact același sistem folosit în cazul înstrăinării navelor. Prin urmare, „*title is founded upon registration and registration alone*”³⁷ (titlul este fondat numai pe înregistrare). Dreptul de ipotecă se constituie tot printr-un act întocmit în dublu

exemplar, unul fiind deținut de Registrator, iar altul de creditorul ipotecar. Constituirea dreptului de ipotecă se notează pe titlul de proprietate. În scopul stingerii dreptului, creditorul dă o dovadă pe verso-ul actului, cum că a primit întreaga sumă garantată prin ipotecă, lucru certificat de un martor. Registratorul va anula actul de ipotecă și va face mențiune pe actul de proprietate. Așa cum a statuat Înalta Curte în cauza *Breskvar v. Wall*, "it is not a system of registration of title, but a system of title by registration" („nu este un sistem al înregistrării titlurilor, ci al titlurilor prin înregistrare”). „Dreptul de proprietate nu este afectat decât de ceea ce apare ca înregistrat. Nu este numai nenecesară, dar este chiar imposibilă constituirea unui drept prin alte mijloace”³⁸.

Potrivit principiului **garanției statale**, cel care își asuma responsabilitatea pentru validitatea titlurilor era statul. Dacă se comit erori în registru, fondul de asigurare special constituit -*Assurance Fund*- îl va despăgubi pe proprietarul evins: acesta va primi valoarea imobilului pierdut. Sistemul garantării titlurilor nu poate funcționa, însă, decât în anumite condiții: în general înregistrările sunt lipsite de erori; fraudă și falsul sunt sancționate în mod adecvat de legea penală; la momentul înregistrării unui drept verificările se fac cu acribie; alte sisteme de asigurări, în special fondurile de garanție pentru fraudă, funcționează adecvat, astfel încât victimele să nu apeleze la garantarea titlurilor decât în ultimă instanță³⁹. Cazurile de acest gen au fost atât de puține încât în New South Wales s-a suprimat plata primei în anul 1941, când se colectase un fond de 1.500.000 USD și se plătiseră doar 41.000 USD, situația fiind asemănătoare și în celelalte state australiene⁴⁰.

Theodor Ruoff⁴¹, unul dintre cei mai apreciați doctrinari australieni, sintetizează cele trei principii astfel:

- *the mirror principle (principiul oglinzii)* - dreptul și sarcinile aferente „reflectate” de actul de proprietate sunt garantate de stat ca fiind corecte;

- *the curtain principle (principiul cortinei)* - odată ce un act de proprietate a fost emis sub sistemul Torrens, orice alt drept este considerat inexistent: „Registru este unica sursă de informație pentru cei care doresc să cumpere; aceștia nu trebuie să se preocupe de niciun drept ascuns în spatele cortinei”;

- *the insurance principle (principiul garantării)* - proprietarul este despăgubit de către stat pentru erorile comise de către Registratorul General.

Robert Torrens a formulat scopurile sistemului său astfel: *speed* (rapiditatea cu care se desfășurau transferurile), *simplicity* (simplitatea), *cheapness* (prețul scăzut), *suitability to the needs of the community* (adecvarea la nevoile comunității).

În doctrina română⁴², principiile sistemului de publicitate australian (unele identice cu cele din sistemul român) au fost considerate următoarele: *principiul publicității reale* (înmatricularea imobilelor se face după obiect, nu după titular), *principiul unității formale* (în toată țara nu există decât un registru și o singură formalitate de înscriere – înmatricularea), *principiul publicității integrale* (orice transmisiune sau constituire de drepturi reale trebuie înregistrată), *principiul legalității* (titlurile de proprietate anexate la cererea de înregistrare sunt verificate

de doi jurisperiti oficiali -*Examiners of Title*- și în baza raportului lor Registratorul admite ori respinge cererea de înmatriculare), *principiul forței probante absolute* (înmatricularea produce efecte erga omnes și are putere chiar și față de terții de re-credință, în afară de cei vinovați de fraudă; în caz de eroare, acțiunea în revendicare nu este permisă, ci doar o acțiune în despăgubire din fondul de asigurare, aceasta fiind una dintre deosebiri), *principiul absolut al inscripțiunii* (înregistrarea are efect constitutiv de drepturi, spre deosebire de sistemul român de publicitate, în care efectul este opozabilitatea), *principiul obligativității înregistrării* (actele netranscrise nu produc efecte nici măcar între părți; cu toate acestea, înmatricularea terenurilor este facultativă, lucru criticat de doctrină: ”una dintre trăsături (...) a fost participarea voluntară la sistemul de înregistrare, cu excepția *Crown grants* (...); această politică a fost greșită”⁴³), *principiul mobilității funciare* (titlul de proprietate e destinat să circule asemeni titlurilor de credit)⁴⁴.

B. Excepțiile de la principii

Acestea ridică mai multe probleme, deoarece *Real Property Act* din 1858, intrată în vigoare la 1 iulie, a fost supusă mai multor amendamente de-a lungul timpului, astfel că, actualmente, excepțiile sunt mult mai multe decât cele avute în vedere de Torrens atunci când a redactat legea. Potrivit codificării inițiale, principiul invulnerabilității era supus următoarelor excepții: fraudă și eroarea.” Articolul 94 precizează: „*If it shall be made to appear, to the satisfaction of the Court before whom such action shall be tried, that any person, at the time then being registered as proprietor in respect of such estate or interest, has been so registered through fraud or misrepresentation, or in any manner otherwise than as purchaser, or mortgagee for bona fide valuable consideration, or by transfer, or transmission from or through a purchaser or mortgagee for bona fide valuable consideration, it shall be lawful for such Court to direct the Registrar-General to cancel the entry in the register book recording the proprietorship of the person who shall by such fraud or misrepresentation have been so registered, together with all subsequent entries therein relating to the same estate or interest, and the Registrar-General shall obey such order, and the estate or interest referred to in such order shall thereupon revert to and vest in the persons in whom (having regard to intervening circumstances, if any) the same would have vested had no such entries been so made in the register book.*” („Dacă rezultă, în fața Curții înaintea căreia o astfel de acțiune a fost introdusă, că o persoană, în momentul în care a fost înregistrată ca proprietar prin **fraudă** sau **eroare (provocată sau nu)**, sau în altă calitate decât aceea de cumpărător, sau de creditor ipotecar de bună credință, sau în urma unui transfer, sau prin transmitere de la sau către un cumpărător sau un creditor ipotecar de bună credință, Curtea va dispune ca Registratorul General să anuleze înscrierea dreptului de proprietate a celui care a fost înregistrat printr-o astfel de **fraudă** sau **eroare (provocată sau nu)**, împreună cu toate înscrierile subsecvente având legătură cu acel drept sau interes, iar Registratorul General va fi obligat să ducă la

îndeplinire ordinul Curtii; dreptul sau interesul îi va aparține persoanei căreia i-ar fi revenit dacă acea înregistrare nu ar fi avut loc”). Prin urmare, dobânditorul de bună credință cu titlu oneros (*purchaser for bona fide valuable consideration*) avea dreptul de a păstra terenul chiar și în condițiile în care îl obținuse de la o persoană care a fraudat sau care a fost înscrisă în mod greșit ca fiind proprietar, eroarea fiind provocată sau nu.

Istoria modificărilor a fost următoarea: în același an a fost amendat întâia oară (1858), apoi în 1860, 1861, 1869, 1873, 1878, 1881 și 1886. Modificările din 1924 și 2002 nu au fost de esență, prin urmare se cer analizate excepțiile introduse prin *Real Property Act* din 1886 prin articolul 69:

- a) fraud (fraudă)

„*In the case of fraud, in which case any person defrauded shall have all rights and remedies that he would have had if the land were not under the provisions of this Act: Provided that nothing included in this subsection shall affect the title of a registered proprietor who has taken bona fide for valuable consideration, or any person bona fide claiming through or under him*” („În caz de fraudă, orice persoană fraudată va avea la dispoziție remediile pe care le-ar fi avut dacă nu s-ar aplica reglementările din legea de față. Nu va fi afectat titlul unui dobânditor de bună credință cu titlu oneros și titlul niciunei persoane de bună credință care are un drept împotriva acestuia ori de la el”).

În acest caz este admisă acțiunea reală în revendicare, și nu doar cea personală în despăgubire.

- b) forgery or disability (fals ori incapacitate)

„*In the case of a certificate or other instrument of title obtained by forgery or by means of an insufficient power of attorney or from a person under some legal disability, in which case the certificate or other instrument of title shall be void: Provided that the title a registered proprietor who has taken bona fide for valuable consideration shall not be affected by reason that a certificate or other instrument of title was obtained by any person through whom he claims title from a person under disability, or by any of the means aforesaid*” („În cazul unui certificat sau alt titlu obținut prin fals ori prin depășirea puterii de administrare sau de la o persoană incapabilă, certificatul va fi anulat. Titlul proprietarului înregistrat care a dobândit cu bună credință nu va fi afectat”).

Aceasta este considerată de unii doctrinari ca „o specie de fraudă”⁴⁵, însă legea o prevede separat.

- c) Erroneous inclusion of land (înregistrarea greșită a unui teren)

„*Where any portion of land has been erroneously included, by wrong description of parcels or boundaries, in the certificate or other instrument evidencing the title of the registered proprietor: In which case the rights of the person who but for such error would be entitled to such land shall prevail, except as against a*

registered proprietor taking such land bona fide for valuable consideration, or any person bona fide claiming through or under him” („În cazul în care un teren a fost în mod eronat trecut în registru, fiind descris greșit sau având granițele greșit menționate, în certificat sau în alt act în care se ține evidența titlului proprietarului înregistrat, drepturile persoanei față de care s-a comis eroarea vor prevala, cu excepția cazului dobânditorului de bună credință cu titlu oneros, sau a oricărei persoane care are un drept împotriva sa ori de la el”).

- d) Omission of easement (omisiunea menționării unei servituți)

„Where a right-of-way or other easement not barred or avoided by the provisions of the Rights-of-Way Act 1881, or of this Act, has been omitted or mis-described in any certificate, or other instrument of title: In which case such right-of-way or other easement shall prevail, but subject to the provisions of the said Rights-of-Way Act 1881 and of this Act” („Când un drept de trecere sau altă servitute neinterzisă ori exceptată de Legea drepturilor de trecere sau de legea de față a fost omisă ori descrisă greșit într-un certificat sau alt instrument, dreptul de trecere sau servitutea va prevala, dar va fi supusă prevederilor legii de mai sus ori prezentei legi”).

- e) Several certificates for the same land (emiterea mai multor certificate pentru același teren)

„Where two or more certificates shall be registered under any of the Real Property Acts in respect of the same land: In which case the title originally first in date of registration shall prevail but without prejudice to the effect of anything done under Part 19A of this Act” („Când două sau mai multe certificate au fost înregistrate, sub oricare dintre legile privind proprietatea imobiliară, cu referire la același teren, primul titlu înregistrat va prevala, dar fără a aduce atingere prevederilor din Secțiunea 19A din prezenta lege”).

- f) Certificate to be void if any person is in possession and rightfully entitled adversely to the first registered proprietor (certificatul va fi anulat dacă terenul a fost uzucapat înaintea înregistrării)

„Any certificate issued upon the first bringing of land under the provisions of any of the Real Property Acts, and every certificate issued in respect of the said land, or any part thereof, to any person claiming or deriving title under or through the first registered proprietor, shall be void, as against the title of any person adversely in actual occupation of, and rightfully entitled to, such land, or any part thereof at the time when such land was so brought under the provisions of the said Acts, and continuing in such occupation at the time of any subsequent certificate being issued in respect of the said land”. („Orice titlu emis după înregistrarea inițială a terenului sub oricare dintre legile privind proprietatea imobiliară și orice titlu referitor la acel teren, sau la o parte din el, oricărei persoane care pretinde că are un drept împotriva sau de la primul proprietar înregistrat, va fi anulat, ca și titlul emis împotriva unei persoane care a uzucapat”).

- g) Wife's title to prevail (titlul soției va prevala)

„Where a husband shall have been wrongly registered as co-proprietor of land belonging to his wife for her separate use or as her separate property, in which case the title of the wife shall prevail except as against a registered proprietor taking such land bona fide for valuable consideration, or any person bona fide claiming through or under him”. („În cazul în care un soț a fost greșit înregistrat ca fiind coproprietar al unui teren aflat în folosința sau proprietatea exclusivă a soției, titlul soției va prevala, însă nu împotriva unui dobânditor înregistrat, de bună credință și cu titlu oneros, nici împotriva unei persoane de bună credință care are un drept de la acesta sau un drept subsecvent”).

- h) A lease or letting for not more than a year (o închiriere pe o perioadă de cel mult un an)

„Where at the time when the proprietor becomes registered a tenant shall be in actual possession of the land under an unregistered lease or an agreement for a lease or for letting for a term not exceeding one year: In which case the title of the tenant under such lease or agreement shall prevail” („Dacă, la momentul în care un proprietar se înregistrează, terenul este ocupat de o altă persoană, care deține posesia în urma unui contract de arendă, a unei promisiuni de arendă pe o perioadă de cel mult un an, titlul deținătorului va prevala”).

- i) Non-payment of succession duty (neplata datoriilor succesoriale)

„Where the succession duty payable in respect of the land has not been paid, and the certificate required by section 63 of the Succession Duties Act 1929 has not been obtained: In which case any charge by law imposed on the land in respect of such duty shall remain in force.” („Când nu s-au plătit datoriile succesiunii cu privire la un teren, iar certificatul cerut de articolul 63 al Legii datoriilor succesoriale din 1929 nu a fost obținut, toate taxele referitoare la acea datorie vor trebui plătite”).

Articolul 72 include un indiciu cu privire la conceptul de bună-credință: „Knowledge of the existence of any unregistered estate, interest, contract, or trust shall not of itself be evidence of want of bona fides so as to affect the title of any registered proprietor.” („Cunoașterea existenței unui drept, interes, contract neînregistrat nu constituie în sine o lipsă a bunei credințe încât să afecteze titlul unui proprietar înregistrat”). Acestor excepții li se adaugă așa-numita excepție *in personam*, dezvoltată de jurisprudența australiană și intens comentată în doctrină, căreia aș dori să-i acord câteva paragrafe.

În cauza *Frazer vs. Walker* din 1967, un apel din Noua Zeelandă în fața *Privy Council*, judecătorul Wilberforce a statuat: „(...) principiul invulnerabilității nu exclude în niciun fel dreptul reclamantului de a introduce împotriva proprietarului înregistrat o acțiune *in personam*, fondată pe drept sau pe echitate(...)”. Starea de fapt este următoarea: Alan și Flora Frazer erau proprietarii înregistrați ai unei ferme în afara orașului Auckland. Doamna Frazer a împrumutat o sumă de bani de la Edward și Nellie Radomski, falsificând semnătura soțului ei, și a ipotecat ferma. Contractul de ipotecă a

fost înregistrat, însă doamna Frazer nu și-a plătit datoria, astfel că soții Radomski au vândut ferma lui Douglas Walker, care a devenit proprietar înregistrat. Când Walker a vrut să intre în posesia casei, Alan Frazer, care nu avea cunoștință de ipotecă, s-a opus vehement și a cerut în instanță ca ambele contracte (de ipotecă și de vânzare) să fie anulate, iar el să redevină proprietar. Curtea a decis în favoarea lui Walker, care va rămâne proprietar, și în favoarea soților Radomski, care au obținut un titlu inatacabil (*indeafeseable*), în ciuda falsificării semnăturii (*forgery*) de către Flora Frazer. Remediul permis lui Alan este o acțiune în despăgubire împotriva statului, în vederea compensării lui din fondul de asigurări (Assurance Fund). Excepția *in personam* nu a fost definită, permițând doctrinei să-i analizeze caracteristicile și condițiile în care poate opera. Potrivit sentinței judecătorului Barwick, în cauza *Breskvar vs. Wall*, ”pot fi introduce acțiuni împotriva proprietarului înregistrat dacă acestea tind să soluționeze chestiuni care depind de însăși conduita proprietarului”. Acest lucru nu va afecta, însă, titlul proprietarului înregistrat, care va rămâne valabil: ”(...) o înregistrare care este urmarea unui act nul este valabilă. Nu au importanță motivele de nulitate ale actului”. Jurisprudența fluctuantă (în unele cauze se distingea între caracterul cu titlu oneros sau cu titlu gratuit al contractului, ultimii considerându-se că nu pot beneficia de efectul definitiv al înregistrării - *Rasmussen vs Rasmussen*) a dus la ample dezbateri în doctrină, astfel că s-au conturat mai multe opinii, pe care le voi prezenta pe scurt.

Conform teoriei restrictive („narrow view”), ”excepția *in personam* trebuie interpretată stricto sensu datorită faptului că implică riscul de a submina principiul invulnerabilității”⁴⁶. Ca reprezentanți ai acestei teorii pot fi amintiți Lynden Griggs și Barry Crown. În lucrarea „In Personam, *Garcia vs. NAB* and the Torrens System – Are They Reconcilable?”⁴⁷, Lynden Griggs recapitulează țelurile sistemului introdus de Torrens – un titlu, odată înregistrat, nu ar trebui să fie afectat de niciun drept sau interes care nu apare în registru – și adaugă: „omisiunea de a ține cont de interesele neînregistrate (...) a dus la ocultarea unuia dintre cele mai importante obiective ale sistemului (...). În lumea contemporană, în care importanța și semnificația jurisprudenței privind echitatea nu pot fi subestimate, sistemul Torrens a trebuit să se adapteze complexității intereselor care sunt legate de proprietățile imobiliare moderne și să asigure un mecanism pentru recunoașterea și protecția acestora”⁴⁸. Mecanismul a fost introdus de către instanțe, conform sistemului de common law, și se numește excepția *in personam*, care este o modalitate recunoscută celui evins în urma unei nerespectării, de către înstrăinător, a clauzelor unui contract anterior, de a obține despăgubiri de la cel care a încălcat contractul (de exemplu, s-a înregistrat prin fraudă).

Potrivit concepției extensive („wide view”), excepția nu afectează în niciun fel principiul invulnerabilității, deoarece are o natură personală și nu reală. Profesorul Robert Chambers distinge între două situații: în cele care implică trei părți, pârâtul devine proprietar datorită fraudei terțului și nu a celui cu care a contractat; în schimb, în situațiile care implică două părți, proprietatea se transferă direct de la reclamant la pârât, acesta din urmă fiind vinovat de fraudă. În opinia doctrinarului, în primul

caz pârâtul a obținut *an indefeasible title*, pe când în cel de-al doilea caz reclamantului i se recunoaște dreptul de a introduce o acțiune în restituire împotriva pârâtului. Regula propusă de Chambers este aceasta: ”un pârât care achiziționează de la reclamant un drept, înregistrat conform sistemului Torrens, și are cunoștință de faptele care ar justifica pretenția reclamantului de a i se restitui acel drept (care este o îmbogățire fără justă cauză pe cheltuiala reclamantului) nu va fi protejat de acea pretenție de principiu de invulnerabilității”⁴⁹.

Într-o a treia viziune, ”excepția” *in personam* nu este o veritabilă derogare de la principiu sus-numit: ”Ideea invulnerabilității titlului nu interzice neapărat acțiunile personale, introduse împotriva proprietarului înregistrat, dacă se bazează pe conduita acestuia”⁵⁰. Profesorul Tang Hang Wu explică diferența esențială între acțiunile personale și cele reale, suspectându-le pe cele dintâi că ar fi la originea denumirii „excepției” *in personam*, deși sensurile lor nu se suprapun: ca și în civil law (inclusiv în dreptul român), acțiunile reale pot fi introduse împotriva oricarei persoane, pe când acțiunile personale pot fi introduse doar împotriva debitorului obligației. Wu evidențiază următoarele condiții de aplicare a „excepției”:

- Acțiunile personale pot fi introduse împotriva proprietarului înregistrat dacă nu subminează principiu de invulnerabilității;

- Acțiunile trebuie să fie recunoscute potrivit dreptului sau echității („either in law or equity”);

- Cauza acestora trebuie să fie conduita personală a proprietarului înregistrat și trebuie să constea în ceva mai mult decât simpla înregistrare;

- Simplul fals (*forgery*), deci absența consimțământului, nu poate sta la baza excepției;

- În cele mai multe cazuri, acțiunea personală împotriva proprietarului înregistrat nu-i afectează titlul, care va rămâne valabil. Proprietarul va fi obligat la plata despăgubirilor față de cel pe care l-a fraudat;

- În foarte puține cazuri acțiunea personală împotriva proprietarului înregistrat poate deroga de la principiu de invulnerabilității. Sunt cazuri în care anumite interese de drept privat prevalează acestui principiu; de exemplu, atunci când sunt implicate persoane vulnerabile într-o relație familială, care depun bani la bancă în favoarea partenerilor lor.⁵¹ O acțiune poate constitui o excepție *in personam* dacă se bazează ori pe un contract cu proprietarul înregistrat, ori pe un *trust* cu privire la pământ (...)”⁵². Profesoara Penny Caruthers enumeră și alte cazuri care pot declanșa o astfel de excepție, precum „*undue influence*” (abuz de încredere) ori *estoppel* („o regulă care interzice unui persoane să nege un adevăr deja rostit sau faptele pe care le-a susținut ca existând”⁵³). În aceste situații, reclamantul trebuie să arate că pârâtul a fost direct implicat în acel comportament. Alte exemple ar fi atunci când proprietarul s-a înregistrat în urma unui contract anulabil pentru eroare, când acesta este legat de un interes anterior neînregistrat sau când s-a înregistrat folosind neautorizat duplicatul certificatului. Cu toate acestea, nu trebuie uitat că acțiunile care se bazează numai

pe nevalabilitatea tranzacției anterioare, fără a se referi la conduita proprietarului, nu pot da naștere unei excepții *in personam*. Situația clasică este aceea în care proprietarul se înregistrează în urma unei transmisiuni care este rezultatul unui fals, fără ca el să știe.

C. Procedura de înregistrare

Mai întâi au fost efectuate măsurătorile cadastrale, pentru a se realiza harta topografică și geografică a fiecărei parcele. Cel care dorește să-și înregistreze terenul trebuie să introducă o cerere și să aducă documente justificative, iar acestea vor fi verificate de cei doi jurisperșii oficiali ai Registraturii, care vor alcătui un raport de admitere sau respingere a cererii, supus aprobării de către Registrator. Există posibilitatea atacării în instanță a respingerii cererii. Dacă cererea a fost admisă, ”proprietarii vecini vor fi direct înștiințați, iar terților interesați li se va face cunoscută admiterea cererii prin publicații în ziarle locale, pentru a face eventuale opoziții sau contestații”⁵⁴, într-un termen ce variază de la 3 luni la 3 ani. Înregistrarea se face numai după expirarea termenului, dacă nu a existat opoziție sau dacă aceasta a fost considerată neîntemeiată de către instanță.

Legea nr. 7/1996 a cadastrului și a publicității imobiliare

1. Principii

Adoptată la 26 martie 1996, legea pune bazele unui sistem real de publicitate imobiliară unic pentru întreaga țară și înlocuiește cele patru sisteme aplicabile până în acel moment: registrele de transcriptiuni și inscriptiuni (aplicabile în Vechiul Regat), cărțile funciare aplicabile în provinciile anexate de Imperiul austro-ungar (Transilvania, Banat, Crișana etc.), ”sistemul intermediar de publicitate” (aplicabil numai în București și câteva comune limitrofe) și sistemul cărților de evidență funciară (sistem provizoriu, aplicabil în Transilvania în localitățile unde cărțile funciare au fost distruse, pierdute ori furate din cauza războiului)⁵⁵. Legea a intrat în vigoare la 24 iunie 1996 și pornește de la câteva principii, care vor fi descrise pe scurt. Conform *principiului publicității integrale*, „toate operațiunile juridice prin care se transmite, constituie, modifică sau stinge un drept real imobiliar sunt supuse înscrierii”⁵⁶, cu anumite excepții, precum și toate faptele de natură să modifice dimensiunile ori poziționarea imobilului). *Principiul relativității înscrierilor* implică faptul că „înscrierea se poate face numai împotriva celui care, la înregistrarea cererii, este înscris sau, după caz, urmează să fie înscris în cartea funciară ca titular al dreptului”⁵⁷). *Principiul disponibilității* sugerează ideea că înscrierea se face la cerere; ea se operează din oficiu doar în câteva cazuri restrânse, cum ar fi înscrierea ipotecilor legale). *Principiul legalității* conține două aspecte, conform opiniei profesorului Marian Nicolae: „legalitatea formală”⁵⁸ (doar actele și faptele juridice permise de lege pot fi încuviințate de registrator) și „legalitatea materială”⁵⁹ (registratorul va verifica înscrisul, pe baza

căruia se solicită înmatricularea, din perspectiva îndeplinirii condițiilor de fond și de formă și va observa eventualele obstacole, existente în cartea funciară, ce ar împiedica înscrierea). *Principiul specialității* este descris astfel: „cuprinsul cărții funciare trebuie să fie exact, clar și complet”⁶⁰ - va arăta persoanele, imobilul, dreptul care se modifică, se transmite ori se stinge sau faptele care au legătură cu acest drept. Un principiu esențial (și caracteristic mai degrabă sistemelor personale de publicitate) este cel al *opozabilității față de terți* (dobândirea ori modificarea valabilă a unui drept nu produce efecte față de terți dacă nu a fost înscrisă în cartea funciară).

2. Comparație între sistemul australian și sistemul român

Prima diferență esențială privește chiar principiul opozabilității, menționat mai sus: în sistemul australian introdus de Torrens înscrierea are efect constitutiv de drepturi (în lipsa ei dreptul nu există nici între părți), pe când în sistemul român înscrierea nu afectează în niciun fel drepturile inter partes. Opozabilitatea față de terți este întâiul scop al înscrierilor.

A doua diferență importantă se referă la caracterul titlurilor de proprietate - *certificates of title* - de a circula asemeni titlurilor de credit, în sistemul Torrens. În cel român, extrasele de carte funciară (*certificates of title* în variantă australiană) constituie dovada dreptului de proprietate și pe baza lor notariatele autentifică, în fața părților, contractele de vânzare-cumpărare.

Cele două sisteme se aseamănă prin caracterul real (înscrierea se face după imobil și nu după titularul dreptului), disponibilitate (este necesară, în majoritatea cazurilor, cererea de întabulare a dreptului), legalitate (actele doveditoare ale dreptului sunt verificate de cei doi jurisperiti - în sistemul australian, respectiv de registrator în cel român, astfel încât să corespundă realității, cu precizarea că la australieni statul garantează pecuniar corectitudinea înregistrărilor, pe când în România acest lucru este doar un deziderat), caracterul integral al publicității (întregul fond funciar trebuie înregistrat).

Concluzii

Prin prezentul articol am intenționat să deschid încă o „fereastră” înspre un tărâm prea puțin explorat de către mințile curioase ale Europei „juridice”, și anume Australia, rămasă îndelungă vreme „terra incognita”. Singura-mi propunere –idealistă - *de lege ferenda* pornește de la seducătoarea idee de *indefeasibility*, conform căreia un titlu de proprietate, odată înscris, nu poate fi atacat decât prin două mijloace: probarea fraudei din partea cocontractantului, când este permisă acțiunea în revendicare a proprietarului evins (dar care nu va afecta validitatea titlului unui subdobânditor *bona fide* cu titlu oneros) și prin alunecoasa excepție *in personam*, care dă naștere la acțiunea în despăgubire. În sistemul român, înscrierile nu duc la dobândirea dreptului dacă a fost anulat contractul pe baza cărora s-au făcut. Nu știu, însă, în ce măsură și-ar permite

România să constituie acel fond de asigurare prin care statul să acorde despăgubiri, echivalente cu valoarea terenului, celor care au fost evinși... În plus, cred că specificul românesc nu ar fi compatibil cu un astfel de efect al înscrierii care să ignore anumite cauze „indigene” de nulitate a contractului. Prin urmare, mă voi limita la a propune „*compulsory maintenance*”, adică înregistrarea obligatorie a terenurilor în cartea funciară, și într-un ritm ceva mai viu, chiar dacă înțeleg prea bine că un cangur alergică mai rapid decât o mioriță...

* A.-C. BĂDIȚA, studentă, Facultatea de Drept – UBB Cluj-Napoca. taxidermia@gmail.com.

- ¹ R. Croucher, ‘*Carthago Delenda Est!*’ *Sir Robert Richard Torrens and his attack on the evils of conveyancing and dependent land titles -A reflection on the occasion of the sesquicentenary of the introduction of his great law-reforming initiative*, Alex Castles Memorial Legal History Lecture for Flinders University Law School, Adelaide (26 August 2008), *apud* G. Jessup, ‘The History of the Torrens Land Title’ (1950) 51 *Proceedings of the Royal Geographical Society of Australasia, South Australian Branch* 39, 42–43.
<http://www.alrc.gov.au/events/speeches/RC/2008/20082608.pdf>
- ² http://en.wikipedia.org/wiki/Commonwealth_of_Nations
- ³ C. Brazenor, C. Ogleby, I. Williamson, *The spatial dimensions of aboriginal land tenure*, 6th South East Asian Surveyors Congress, Fremantle, 1-6 November 1999.
http://dtl.unimelb.edu.au/view/action/singleViewer.do?dvs=1241767843461~874&locale=ro&search_terms=000006148&application=DIGITool-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true
- ⁴ <http://en.wikipedia.org/wiki/Australia>
- ⁵ D. Pike, *Introduction to the Real Property Act in South Australia*, *Adelaide Law Review* nr. 1 (1960), p. 169.
http://digital.library.adelaide.edu.au/dspace/bitstream/2440/14869/1/alr_v1n2_1961_PikIntPg169.pdf
- ⁶ *idem*, p. 1.
- ⁷ R. Torrens, *Colonisation of South Australia*, 2nd edition, published by Longman, Rees, Orme, Brown, Green, la Adelaide, 1835, <http://catalogue.nla.gov.au/Record/890161>
- ⁸ T. Ashforth, *Silence in court: aspects of communication between Aboriginal people and representatives of white land*,
<http://www.mcc.murdoch.edu.au/ReadingRoom/Ashforth/Terthes.html>.
- ⁹ P.W.D. Redmond, revised by I.N. Stevens, *General Principles of English Law*, MacDonal and Evans LTD., 6th edition, London, 1966, p. 6.
- ¹⁰ S.B. Marsh, J. Soulsby, *Outlines of English Law*, 5th edition, published by McGraw-Hill Book Company Limited, Maidenhead, Berkshire, England, 1994, p. 4.
- ¹¹ H.P. Glenn, *La civilisation de la common law*, *Revue Internationale de Droit Compare*, nr. 3/1993, p. 562.
- ¹² T. Ashforth, *op.cit.*
- ¹³ R. Sarre, *Aboriginal Customary Law*, 50th Anniversary Conference, Australasian Law Teachers' Association; *Cross Currents: Internationalism, National Identity & Law*; 1995
<http://138.25.65.50/au/special/alta/alta95/sarre.htm>

- ¹⁴ *idem.*
- ¹⁵ *The recognition of Aboriginal law as law* (Darwin: NTLRC 2003) prepared for Committee of Inquiry into Aboriginal customary law by the Northern Territory Law Reform Committee http://www.vanuatu.usp.ac.fj/sol_adobe_documents/usp%20only/customary%20law/northern2.pdf
- ¹⁶ R. Croucher, *op.cit.*
- ¹⁷ D. Pike, *op.cit.*, p.173.
- ¹⁸ *ibidem.*
- ¹⁹ I. Williamson, *The Australian cadastral system*, presented to Cadastral Reform Seminar at Korea Cadastral Survey Corporation, Seoul, Korea, 1 July 1994 <http://www.sli.unimelb.edu.au/research/publications/IPW/AustCadSystem.htm>
- ²⁰ *idem.*
- ²¹ D. Pike, *op.cit.*, p.174.
- ²² *idem.*
- ²³ <http://adbonline.anu.edu.au/biogs/A060313b.htm>
- ²⁴ M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară*, vol. 1, Editura Universul Juridic, București, 2006, p.322.
- ²⁵ R. Croucher, *op.cit.*
- ²⁶ *idem.*
- ²⁷ A. Rusu, *Acțiunile de carte funciară. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Editura Hamangiu, București, 2008, p. 333.
- ²⁸ http://en.wikipedia.org/wiki/Torrens_title
- ²⁹ D. Pike, *op.cit.*, p.176.
- ³⁰ *idem.*
- ³¹ R. Croucher, *op.cit.*
- ³² *idem.*
- ³³ *idem.*
- ³⁴ L. Griggs, *In Personam, Garcia v. NAB and the Torrens System- Are They Reconcilable?*, Law and Justice Journal, 1, (1), 2001, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/OUTLJJ/2001/6.html>
- ³⁵ J. Wallace, *A Methodology to Review Torrens Systems and Their Relevance to Changing Societies from a Legal Perspective*, presented at the UN-FIG Conference on Land Tenure and Cadastral Infrastructures for Sustainable Development, Melbourne, Australia, 24-27 October 1999, <http://www.sli.unimelb.edu.au/UNConf99/sessions/session4/wallace.pdf>
- ³⁶ M.M. Park, *Exposing the failings of our betters: bad laws don't improve with age*, published in *Traffic*, nr.3, 2003, *apud* T.B.F. Ruoff, *An Englishman looks at the Torrens system: Part II- Simplicity and the curtain principle*, Australian Law Journal, vol. 26, 1952. <http://www.articlearchives.com/government-public-administration/government-bodies/1048663-1.html>
- ³⁷ M.M. Park, *Compulsory maintenance of the Land Register: an exception to the fundamental principle of a conclusive register underpinning the Land Registration Act 2002*, unpublished paper submitted to the UK journal *The Conveyancer and Property Lawyer*, for possible publication http://dl.unimelb.edu.au/view/action/singleViewer.do?dvs=1241773677860~842&locale=ro&search_terms=000007525&application=DIGITool-3&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true.
- ³⁸ M.M. Park, *op.cit.*

- ³⁹ J. Wallace, *op.cit.*
- ⁴⁰ A. Rusu, *op.cit.*, p.335.
- ⁴¹ I. Williamson, *op.cit.*, *apud* T.B.F. Ruoff, *An Englishman looks at the Torrens system: Part II- Simplicity and the curtain principle*, Australian Law Journal, vol. 26, 1952.
- ⁴² M. Nicolae, *op.cit.*, p.324-325.
- ⁴³ M.M. Park, *Compulsory maintenance of the Land Register: an exception to the fundamental principle of a conclusive register underpinning the Land Registration Act 2002, op.cit.*
- ⁴⁴ M. Nicolae, *op.cit.*, p. 325.
- ⁴⁵ S. Rodrick, *Forgeries, False Attestations and Impostures: Torrens System Mortgages and the fraud Exception to Indefeasibility*, Deakin Law Review nr. 5, 2002.
<http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2002/5.html>
- ⁴⁶ T. H. Wu, *Beyond the Torrens mirror: a framework of the in personam exception to indefeasibility*, Melbourne University Law Review, August, 2008, <http://www.highbeam.com/doc/1G1-193452340.html>
- ⁴⁷ L. Griggs, „In Personam, *Garcia vs. NAB* and the Torrens System – Are They Reconcilable?“, Law and Justice Journal, August, 2007, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/OUTLJJ/2001/6.html>
- ⁴⁸ *ibidem.*
- ⁴⁹ T.H.Wu, *op.cit.*
- ⁵⁰ *ibidem.*
- ⁵¹ *ibidem.*
- ⁵² P. Carruthers, Taming the unruly in personam exception: an examination of the limits of the in personam exception to indefeasibility of title, Australasian Law Teachers Association – ALTA, 23-26 September 2007, presented at the 2007 ALTA Conference in the Property Law Interest Group, Perth, Australia. http://www.alt.edu.au/pdf/conference/published_papers/2007-%20CARRUTHERS%20P_Taming%20the%20Unruly%20in%20Personam%20Exception_Final.pdf
- ⁵³ W.J. Stewart, *Law*, Harper Collins Dictionary, 2nd edition, Glasgow, 2001, p.151.
- ⁵⁴ M. Nicolae, *op.cit.*, p.325.
- ⁵⁵ *idem*, vol. 1, p.221.
- ⁵⁶ L. Pop, L.-M. Harosa, *Drept civil. Drepturi reale principale*, Editura Universul Juridic, București, 2006, p.346.
- ⁵⁷ M. Nicolae, *op.cit.*, vol.2, p.188.
- ⁵⁸ *idem*, p.202.
- ⁵⁹ *ibidem.*
- ⁶⁰ *idem*, p.217.

THE CONCEPT OF LAW AND CONTEMPORARY PHILOSOPHICAL REFLECTION

Bjarne MELKEVIK*

Abstract: *Historically, the philosophy of law has provided a dynamic and influential framework in which to identify, explain, produce and develop the rationality needed so as to come to terms with the fundamental issues and questions raised by the democratic experience. Currently, far reaching policy questions are being raised throughout the world concerning the present and future of democracy; and specifically the role of the law in the formation of the democratic experience; but the foundations and horizons of the problems appear to be left on edge. Legal students, researchers and practitioners are expected to produce knowledge and perspectives capable of addressing such needs. In such a historical context, the relevance of the philosophy of law to explore and contribute to the ongoing formative and transformative processes of democratic legal cultures needs to be reconsidered. Accordingly, this article reviews briefly the historical role of the philosophy of law in the processes associated to the conceptual understanding of the law, so as to reveal its identity as a legal discipline and its relevance as a framework for analysis and deliberation on the nature and role of the law. In so doing, the article reconsiders some of the traditional ontological, epistemological and ethical questions which characterize the exercise of the philosophy of law, and depicts the importance of inclusive, communicative and participatory experiences, as necessary conditions in the emergence of the legal philosophical framework needed so as to contribute to the needs of contemporary democracy.*

Keywords: Philosophy of Law, Law, Ontology, Epistemology, Ethics, Democracy

This essay provides a general insight into the controversies examined in the realm of legal philosophy. Those who have been exposed to this challenging path, realize that traveling it requires understanding the historical settings, as well as the detailed analysis of the conceptual and argumentative content of specific theoretical positions and debates. From the outset, it is important to bear in mind that learning legal philosophy requires an individual effort to understand the historical and current ideas and practices committed to determining the role and extent of the law. Advancing in such a path, posits to both the student and the researcher a challenge to come to terms with what philosophers of law think and teach about the law in democratic settings. But the task should not be reduced to an isolated experience, devoid of thoughtful and even material engagement in the concrete scenarios in which fundamental and all too often subtle issues and questions are raised concerning the law. Accordingly, it should not come as a surprise that we emphasize the problems depicted in the nonpositivists considerations of contemporary legal philosophy. Indeed, we dwell on the concept of law itself, and address issues regarding the philosophical inception of law as an object of thought. Such topics constitute the classical approaches to legal philosophy.

Given the general perspective that informs our exercise, the account will be compelled to choose priorities and objectives, so as to be able to uncover and focus upon what we will contend to be of the essence. Traditional and contemporary questions will emerge, and some will have to be left unanswered. The need to choose – as such a methodological decision- should not be taken for granted. Inevitable as it is, in theoretical work, exclusion is always a risk; the quality of which can form and shape, in due course, a responsible intention, enabled through communication and argument. So, before tackling the specific controversies in philosophy of law, we think it is useful to put forward a few words on the very concept of “philosophy of law”; because, it is a fundamental intellectual framework that students and researchers are called upon to engage, only then can their options and positions assume risk and acquire meaning. In that direction, we are obliged to consider the conceptual distinction implicit in the two angles that operate therein: the law of the philosopher and the law of the jurist. Accordingly, we will dwell first on the perennial question of the definition of law – the ontological question –, and then we will turn our attention to the way one can know the law – the epistemological question. We will try thereafter to define the law in the context of the “ought” (teleology) – the question of the natural law or the ideal of law. And finally, of course, we will analyze the particularly uneasy question of ethics and law.

1. An approximation to the concept of philosophy of law

Generally, when we review the concept “philosophy of law”, its object is, for philosophers of law, not “the notion of law” properly said. Usually, a philosopher of law does not make a living as a practicing lawyer or a judge, and should it be the case, his discourses will be situated on a philosophical, that is, a universal level. In this sense, legal philosophy is not concerned with considerations related directly to the practice of law. To be sure, it often makes use of commonly acknowledged general considerations, which are independent of law and do not, normally, advance the sort of analysis geared toward clarifying the current state of legal norms: validity is normally implicit within what should be appreciated as law. In other words, it’s wise to take care of the separation of work between those who write legal dogmatic (or the doctrine of law) and those who do philosophy of law. Confusion on this foundational level is counterproductive philosophy, even if this is done in reference to the concept of “positive law”! It is thus advisable to point out that the philosophy of law is different from any treatment of law within a positivist framework, from any approach handling law or any phenomenon related to the reign of law as a scientific object, as this is understood in legal anthropology, the sociology of law, the history of law, among others. These legal sciences are also somewhat consideration-oriented, and remote with regard to the object of law, which they view as “given,” as part of a factual world. But unlike these legal sciences, which can be evaluated according

to descriptive criteria, the philosophy of law has law as its object of thought. In other words, it lays it out in the “mind.” Thereby, the philosophy of law remains fundamentally universal in its design.

Now, let us turn towards the two angles that are implicit in such a concept of philosophy of law. We should keep in perspective that the philosophy of law can be defined from both a philosophical and a legal standpoint, as the law of philosophers or as the law of lawyers.

The first angle, generally adopted by philosophers by profession (as well as by vocation), is characterized by the philosophical investigation of the object of law starting from a philosophical position that can be a school of thought, a system, a method, an issue, or a philosophical concept, among others. In general, and surely as a tendency, the law becomes here the application of the philosophical position, thereby showing that the position itself can be adequately used to equally clarify one’s way of conceiving law. In this way the philosophy of law worked out by philosophers often prone the development of an axiomatic system in order to explain their views about “law”.

The second angle is generally adopted by jurists who feel the need for more basic thoughts about law. The ground for such an approach rests above all upon their experience, which determines the breath of their thinking on the subject. The trend known as “juristic philosophy,” as well as the one that several authors call “the general theory of law,” often curbs philosophical considerations because the latter is used only to legitimate specific positions relating to the concept of positive law itself. Consequently, the jurists’ philosophy is characterized by a marked concern for legal doctrine or legal dogmatic, and by the effectiveness of the procedures and mental patterns which it proposes. Nevertheless, this is a constructive reflection that lacks rigour.

When taken separately, these two angles favour a superficial analysis of the philosophy of law: to study the philosophy of law without “philosophy” or without “law” would betray to some extent the one as well as the other! In fact, these two distinct angles clearly show the rupture at the heart of the philosophy of law. In fact, it is similar to the debate surrounding the nature of “God”. Recall the classic and ongoing polemic between philosophers and theologians: the “God” of philosophers does not require any act of faith, it is a “God” emanating from reason, contrary to the “God” of theologians who is built above any authority or reason – it is the “God” of faith. In the same way, the rupture of the philosopher’s law is utilised as a justification that works out the formation of a “Schematic (or Organizing) Reason” and of the different forms of “Idea-Law” resulting from it. On the other side of the debate, the justification of the jurists’ philosophy of law is essentially connected to the axis of an equally “Schematic (or Organizing) Experience” but in their case by working out forms of “true” law, thus triggering the aforementioned quarrel.

Although the philosophy of law is divided between these two perspectives, the fact remains that the creative energy emerging from this rupture is extremely profitable, because it makes it possible for the two disciplines to mobilize and then confront whatever is specific to both: behold the contemporary philosophy of law with all its diversity and richness.

We are however personally of the opinion that the next turn in the philosophy of law ought to be done by giving up any “schematic” or “organizing” claim, both from a philosophical and from a legal perspective, so as to allow the development of the philosophy of law between the concepts of “Reason” and “Experience”. In this article, this perspective can only be indicated, and its full development should be the object of a future essay¹.

2. The Ontological Question

First, the philosophies of law generally examine the question, or simply make an inquiry into what law “is.” This inquest requires a careful examination about the essence of law beyond the notion of legal positivism. A short incursion into the history of the philosophy of law suffices to discover that for a long time this has been a fundamental question. Historically, law was conceived either as being in “the things” or in “the minds”². Consider the Ancients defence of an understanding of law as a “Verb”, whereas the Moderns lean toward an understanding of law as a “Subject”.

Aristotle views law as an art. For him, as for Roman lawyers, law is essentially synonymous with communicative justice. It is an art which consists in determining, in an orderly city, what is truly due to each citizen. Thus, law becomes part of the structure of the city and represents the word of justice, firmly rooted in the political community. If this “Verb-Law” is characterized by Aristotle through the existence of a well-ordered city or society, for other ancient philosophers, its essential characteristic remains the cosmological nature or the world of ideas.

The lesson to be learned from modern philosophy of law is to be found on the concept of “Subject-Law,” which, of course, identifies law with the philosophical construction of a subject and its intrinsic qualities such as autonomy, dignity, will, etc. The German philosopher Kant is considered to have worked out the most sophisticated of the systems of “Subject-Law”. By identifying law with a philosophical subject understood as self-legislating will, Kant submits law to the court of reason and hence infers a postulate of the *a priori* reason of these subjects. The ontology of law joins here the metaphysics of subjects.

In the contemporary philosophy of law, the controversy between “Verb-Law” and “Subject-Law” still persists. And it should be specified that this controversy is often paralleled to theories which pretend to be “empirical” about law. In fact, the “empirical” trends, such as the theories of A. Ross and H. Hart, situate the question of the ontology of law in the predictability of people having the competence to set out

the law³. This last perspective swung several topics of the philosophy of law over to the legal sciences where the ontological question of law rests only on the commonly accepted definitions characterizing law as a set of rules or norms. Thus, the problem whether these are truly “empirical”, or rather “psychological” theories of law?

Given the current state of philosophy of, contemporary attempts to redefine the ontology of law, along the lines of the quarrel between the Ancients and the Moderns, do not appear sufficiently relevant to us. Consideration of the various forms of ontology of law, like the systemic or autopoietic theory⁴, the new theory of the institutionalization of law⁵, and other theoretical frameworks, allows one to realize that they simply contend that the theoretical outcomes of the past are not convincing, because their metaphysical horizon is not ours any more.

Thanks to the linguistic turn, the ontological question of law ventures today onto new horizons, such as pragmatism. It appears to us that the philosophical investment in language and its pragmatic use in the philosophy of law may prove to be much more profitable than any “ontology” has never been. These new philosophical considerations could serve to put aside the metaphysical question of the Ancients and the Moderns, so as to pragmatically or “linguistically” develop the content and extent of the philosophy of law.

3. The Epistemological Question

The philosophies of law also work upon the question of how to obtain “knowledge” about law and what is implied in such “knowledge”. Is “law” an object of knowledge? Should the word knowledge be used concerning a practical issue as “law”? It should thus be emphasized that considerations about legal epistemology necessarily refer to preestablished views on scientific content and rationality. For instance, the legal philosophical thinking consists mainly in elucidating the relation between the specificity of law and the possibility of knowledge as developed by a specific epistemological theory. Two trends are confronted here, the epistemology of the observer and the epistemology of participation.

On the one hand, the legal epistemology of the observer is based on the paradigm of an individual who pretends that he (or she) “observes” his (or her) object, and according to scientific rules more or less established among the various theories of scientific knowledge, could proceed to explain the object itself. Today, this generally means that it is necessary to identify law as a scientific object of knowledge before entering any process of “observation”. Concretely, the knowledge of law is attached to a significant aspect of law, to its concepts, or the legal language in general, or even the psychological attitudes of legal actors. We are referring especially here to epistemological trends such as empiricism or the analytical school of philosophy⁶.

On the other hand, the legal epistemology of participation rests on the paradigm according to which we cannot “observe” law and this because it receives all of its meaning in a context which also defines us. Law is not “nature,” but “culture” and it must be recognized as such and situated in its practical realisation. Legal

hermeneutics, as a contemporary philosophy of law, favours this perspective⁷. This approach also claims that in any kind of knowledge the person who knows is already involved. Thus the hermeneutic perspective makes it possible for us to leave aside the paradigm of observation that dominates legal epistemology, and forces us to wonder about law from the point of view of the knowledge that a person can acquire in a context which defines him or her as well.

In fact, the question of one or the other of these approaches is not only epistemological so as to account for the object of study, but it is often also implicated with “epistemological interests.” Thus, the epistemology of observation preaches “neutrality,” while the epistemology of participation takes a necessary position on the social and political level.

Legal epistemology also involves an interrogation of legal rationality (or the rationality engaged in the legal realm). For legal epistemology, the question about how to define and how to understand the type of rationality who fits best the legal enterprise occupies a place of first importance. It is a “traditional” question whose importance for law increases in our modern culture impregnated with perspectives of “scientificity,” utility, effectiveness, etc. Here, the philosophy of law focuses on the possible discourses of legal rationality and, indeed, when Max Weber defines legal rationality as a rational purposeful activity, and makes this form of rationality the conceptual key of the understanding of law, he makes us believe that he is probably a very good analyst of the tendencies of society in his time, but as a philosopher, he engages this understanding of law only on the way of the rationalization of these means⁸. The success of this discourse on rationality allows us to understand why the philosophy of law is so interested in the question of the discourses of rationality and why this also implies our conception about legal modernity.

The philosophical movements that seek the introduction of a concept of communicative rationality – as in Habermas’s case – or the revaluation and the shifting of the rationality known as aesthetic – a significant trend in the philosophy of law – bear witness to this increasing concern for the question of the rationality of law.

4. The question of the “Ought”

The third aspect examined by legal philosophy is related to the question of the “ought” (or the teleology) of law or in legal practice. In other words, the establishing of what law should be is here more exactly a search for the *lege ferenda* and the normative evaluation (or teleology) inherent in any question of law. Even if this question has long been confused with the ontological definition of law and with the epistemological question related to the knowledge of law, it seems advisable to clarify the specificity of this question only as an “ought” in the realm of law. If this “ought” is surely related to conceptions of “natural law”, in its multiple variants, or of

“ideal law” (and even to legal positivism if this includes a conception of obligation for individuals), it is all too fair to conclude that there is significant benefit to analyse this tendency in and of itself. Today, we can affirm that the dividing line is located between those who seek a complete and global theory of law build on the notion of the legal “ought” and those who seek only particular reference marks as to this “ought.”

We can identify the first perspective with the revival of the “jusnaturalist” thought. Indeed, we notice first of all that the natural law of the Ancients, like that of the Moderns, has made remarkably great strides for about twenty years⁹. Beyond the particularities of each vision, they worked out together the principle of the “Idea-Law”, which claims to explain the reality or authenticity of law. In fact, their works tend towards the development of a global theory making it possible to evaluate and judge the existing law. It is historically the concept of “Justice,” or simply of the “Just,” which was used as cornerstone in the development of this theory. The Moderns much sooner privileged concepts like “Reason,” “Will,” “Autonomy,” “Social Contract,” and many others, but in general, it is the paradigm of subjective rights which is used as a modern ideal measurement. The last remark leads us, moreover, on the track of the essentially idealistic character of the formation of the modern social order, built on the pillar of an “Ideal” meant to be accomplished.

Secondly, we can also, examine the recourse to the principle of a legal “ought,” but in a much more modest way, as in the various trends known as “legal criticism”. It is not directly a question of developing an “Ideal-Law” here, but rather one of supposing more particularly and philosophically the existence of an ideal of law. This “ought-ideal” is never explicitly developed as philosophy of law but is found in solutions and avenues considered to be righter, more rational, fairer, more equal, more democratic, etc. Besides, we can observe trends known as legal criticism which make this normative evaluation their *raison d’être*, such as the movement of legal feminism, and partly, the movements that are part of the “Critical Legal Studies Movements.”

In several respects, the theories of natural law and those of legal criticism are complementary. Both are characterized by their desire to mobilize the “ought” of law while referring to factual or contextual analyses about law.

The question of the “ought-in-law” is often related to thinking about law as an institution. It is thus a question that is closely related to that of knowing the nature of a “good institution,” such as it is worked out by political and social philosophy. It seems to us that today the great debate dwells on the cogency of our institutions, according to an understanding either of “justice,” or of “just,” or of “good.” “Communitarians” like Sandel and Charles Taylor preach a justification according to the understanding of the “good,” whereas a liberal thinker like Rawls insists much rather on a justification according to the understanding of the “Just.” Perhaps, the most promising courses of action will consist in drawing the best from these two positions, as the communicational theory of Habermas subtly proposes.

5. The Question of Ethics and Law

If we must seek a constant concern in the philosophical reflection on law, it seems that it resides within the realm of Ethics. It is then a question of understanding law from the point of view of what we must do and of the acts that we must advance. The followers of legal positivism are not entirely wrong to associate this question with the reflections about the “ought” of law; this association results either in a rejection of any ethical consideration (Kelsen), or in the confirmation of some superposed minimal ethical rules (Binder). For our purpose, we can see Ethics in “law” as a preestablished philosophical form of an “ought” coming from the outside. Ethics thus capture the question of “law” as an emanation of its supposed righteousness.

Since Socrates, it has been a constant in the philosophy of law to insist on this fundamental question: what should be done? This question is thus engaged from a perspective that emphasizes both the agents of law and a model of normative acts. We can, in fact, understand Ethics as imposing a rational justification of our individual and collective choices. As legal actors, on the legal and social levels, we constantly have to justify our acts in a rational way and to clarify the finality of our behaviour. Consequently, the capital problem consists in distinguishing between Law and Ethics. As to this distinction between Law and Ethics, the conception according to which ethics refers to the conscience or the interiority of a subject, and that law is associated with social acts or the externality of subjective behaviour, has long been regarded as the traditional criterion. This type of explanation is more and more disputed and forsaken in favour of several others. Let us mention in particular the models developed by Herbert Hart and Jürgen Habermas.

The current debate in legal philosophy tends, generally, to reactivate Ethics in law. An observer of the contemporary legal philosophy can only be struck by the existing antagonism between those who seek to instaure a foundationnalistic discourse about legal standards, and those who are opposed to it entirely. On the one hand, we observe how the legacy of the Enlightenment is included in the various philosophical projects in order to ensure the ultimate basis for legal standards. These are chiefly various forms of legal Kantianism. On the other hand, we notice an unfounded discourse on standards. This discourse easily adopts Habermas’s communication philosophy, which we have examined earlier¹⁰.

There are in fact various philosophical programs showcasing designs about the ethical models of social acts as well as on the role of justice, of the good life, and many others. These are considered of paramount importance for law since they offer us the opportunity to open our mind towards the various cultural horizons of law which can be, in many respects, so distinct from ours.

The fields of law and ethics are often the subject of innumerable debates. The ethical problems facing humanity thus have often direct effects on the field of law. We have only to think of bioethics, abortion, assisted suicide, ecology, etc.

6. Conclusion

The contemporary philosophy of law confirms the initial concern for the concept of law. Crucial works by Kelsen (*Pure Theory of Law*), of Binder (*The Concept of Law*) and of Dworkin (*Taking Rights Seriously*), do nothing but take up again and again the problems relating to the concept of law in attempting to give coherent answers. Nevertheless, if we must trace a certain tendency, we could affirm that the current scenario gives more and more weight to a normative thought in relation to other disciplines, such as social, political, or anthropological sciences. In our view, the fact that the results of the philosophical considerations about law are put to the test, and thus validated, is a sign of the vitality of this field of reflection.

We mentioned that the philosophy of law remains a rather open field, offering many possibilities and bearing on both the current and the future legal culture of our modern societies. Now let us specify the range of the concept of law as clarified by a modern (or modernist) philosophy of law. This philosophical project is addressed at the legal culture available in a society that has made modern law the horizon of its choices and actions. In fact, the sought-after goal is to renew and enrich this culture. We can say, paraphrasing Habermas that the philosophy of law pursues the goal of “locating and preserving the places” that are potentially occupied by the legal practices and theories of this culture, of the unfinished modern legal project.

Lastly, we could also make a point of underlining the ethical and political aspects of the philosophy of law.

Let us so first stress the sense of responsibility that is required of any person that deals with the philosophy of law. The philosophy of law represents an extension and an enrichment of the legal culture. Its meaning as well as its role consist in opening new horizons to our culture. Since the philosophy of law is devoted to addressing the legal culture, it is connected with a field of the social and human life of major importance for all. Every philosopher of law must therefore evaluate the ethical implications arising from his or her work, choices and options are unavoidable.

The philosopher of law has a responsibility with regard to society. He must lend an ear to society and to the individuals that make it up. Injustices, oppression, ostracism, among other things remain always present within our modern societies; the international scene seems rather dark. Doing philosophy of law is also a commitment, a commitment for law, for the settling of our quarrels by means of modern and democratic law.

In this sense, the philosophy of law is characterized more by the horizon that it opens up and by the possibilities that it contemplates than by its past, however glorious.

* BJARNE MELKEVIK, Professor, Faculty of Law, University Laval (Québec), bjarne.melkevik@fd.ulaval.ca.

- ¹ Cf. Bjarne Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998 (2004); idem, *Réflexion sur la philosophie du droit*, Paris, L'Harmattan et Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000; idem, *Rawls ou Habermas: Une question de philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2002; idem, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005; idem, *Tolérance et modernité juridique*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006. In arabic language: "أضواء على فلسفة القانون: إسهام في بناء مشروع قانوني حديث" [Ada ala falsafat alqanoun: Isham fi binaa machrou qanouni hadith /Lumière sur la philosophie du droit: contribution à la construction d'un projet juridique moderne], Éditions Al-Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, Beyrouth (Liban), Traduction by Georges Saad and al., 2007 ; idem, «نصوص في فلسفة القانون» [Nusûs fi falsafat al-qânûn/Textes de philosophie de droit], Beyrouth, Édition Al Najoie et l'Association libanaise de philosophie du droit, Traduction by Georges Saad et al., 2005.
- ² See Michel Villey, "Le droit dans les choses" and Paul Amselek, "Le droit dans les esprits," in P. Amselek and C. Grzegorzcyk, *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p 11-26 et p 27-49. (Paul Amselek and Neil MacCormick (dir.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1991).
- ³ Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1976 (H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, 2nd edition 1994).
- ⁴ André-Jean Arnaud and Pierre Guibentif (eds.), *Niklas Luhmann observateur du droit*, Paris, L.G.D.J. 1993; Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993 (G. Teubner, *Law As an Autopoietic System*, London, Blackwell, 1993).
- ⁵ Neil MacCormick and Ota Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J.1992; (Neil MacCormick and Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Berlin – New York, Springer, 1986).
- ⁶ See Cristophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut and Michel Troper (eds.), *Le positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993.
- ⁷ See *Herméneutique et ontologie du droit*, numéro thématique de la Revue de métaphysique et de morale, no 3, 1990, p 311-423; Patrick Nerhot, *Law, Writing, Meaning. An Essay in Legal Hermeneutics*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992.
- ⁸ Max Weber, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1988. (Max Weber, *Max Weber On Law in Econoy and Society*, Cambrigde, Mass., Harvard University Press, 1954).
- ⁹ See Alain Renaut and Lukas Sosoe, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1991.
- ¹⁰ B. Melkevik, "Le modèle communicationnel en science juridique: Habermas et le droit", *Les Cahiers de Droit*. vol 31, no 3, 1990, p 901-915; id., "Transformation du droit: le point de vue du modèle communicationnel", *Les Cahiers de Droit*, vol 33, no 1, 1992, p 115-139 (reprinted in Jean-Guy Belley and Pierre Issalys (eds.) *Aux frontières du juridique. Études interdisciplinaires sur les transformations du droit*, Québec, Geptud, Université Laval, 1993, p. 111-135); id., «Habermas et l'État du droit. Le modèle communicationnel du droit et la reconstruction réflexive de l'État du droit contemporain», dans J. Boulad-Ayoub, P. Robert and B. Melkevik (eds.), «L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques», Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p 371-387. This tree essays are republished in, B. Melkevik, *Horizons de la philosophie du droit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1998 (2004), p 93 – 150.

PROTECTION OF DATABASES - *THE SUI GENERIS* RIGHT

Andrea Annamaria CHIS*

Abstract: Member States' national law, which had provided a different protection of databases according to their level of originality determined the adoption of a communitarian directive, namely the European Parliament and the Council Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases. The scope of this directive was to ensure legal protection for the so called "non-original" databases (simple lists of information). However, ECJ did not change its jurisprudence after the directive, refusing legal protection for "non-original" databases, which fact curtailed significantly the scope of the provision, inducing legal uncertainty on the EU and national level as well.

Rezumat: Legislația statelor membre, ce acorda o protecție diferită bazelor de date în funcție de gradul lor de originalitate a determinat adoptarea unei directive comunitare, respectiv a Directivei 96/9/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 martie 1996 privind protecția juridică a bazelor de date, în vederea asigurării unei protecții legale și a așa numitelor baze de date neoriginale (simple liste de informații). CJE, însă, nu și-a modificat jurisprudența ulterior directivei, în sensul că a lăsat în continuare bazele de date neoriginale lipsite de protecție legală, ceea ce limitează considerabil scopul reglementării, creînd o stare de incertitudine juridică la nivel comunitar și național.

Keywords: protection of databases, database legal protection, "spin-off" databases, "sweat of the brow" (doctrine, theory), "non-original" databases, sui generis right

Cuvinte cheie: protecția bazelor de date, protecția legală a bazelor de date, bazele de date „spin-off” (liste de informații), teoria (doctrina) „sweat of the brow” (a sudorii frunții), bazele de date neoriginale, drepturile *sui generis*

1. What is a database?

As other authors noticed¹, elaborating a definition of the term "database" is not a simple pursuit, because the concept has not a precise definition. Generally, a database is defined as a collection of data, organised in a certain way, usually, but not necessarily having an electronic nature. The term may be approached from different points of view, because it has different meanings for different professionals. To the author of information contained in the database, the term might refer to a way to make it known to the public, to the programmer, it might mean a specific application used to classify data into different categories, to the user, it is a helpful source of information etc.

The community legislator formulates a legal definition in the European Parliament and the Council Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases², article 1 § 2. According to the Directive, “*“database” shall mean collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means*”.

The narrow interpretation refers to electronic databases, but a wide definition includes any compilation created using a computer technology and which can be operated using such technology. A popular example refers to those compilations which can be commercialised on CD, such as electronic dictionaries, encyclopedias etc.³. The broad definition comprises even listings of telephone subscribers, compilation of case-law and legislation, catalogues of different types of information etc.

Any compilation requires the contribution of three different creators, the author of data, the programmer and the author of the database.⁴

The *author of data* which represents the content of a database might possess a copyright or a related right, if the condition of originality subsists. There is no connection between the protection granted to the author of the database and the author of the data. The Directive specifically regulates that “the copyright protection of databases provided by this Directive shall not extend to their contents and shall be without prejudice to any rights subsisting in those contents themselves” (article 3 § 1). If the author of the data and the author of the database is the same person, it is necessary to make a difference between the investments in creating the information and collecting information. This shall be debated upon in the section referring to the jurisprudence of ECJ.

The programmer’s contribution in the creation of a database consists in conceiving a computer program for collecting, fixing, changing and arranging information. His contribution extends to finding the most appropriate way of searching information, using hypertext, links etc. Generally speaking, he is the one who makes the database work. His activity, anyway, is not an independent one, because the creator of the database is the person who gives the instructions. Of course, the software thus created, could be protected by copyright under certain conditions, if it were independent of the database. Computer programs used in the making or operation of databases accessible by electronic means are not protected by the Directive⁵, but by the Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs⁶.

The creator of the database is the key figure in the whole compilation activity, because he is a professional in a certain field, and, therefore, he is able to choose the information collected in the database. Many times he finds himself in a direct connection with the authors of the content of the database, influencing the act of creation. His creation is independent from the content, but most of the times it enriches it. His contribution could be also protected by copyright in certain

conditions (if the selection or the arrangement of the contents of a database were the author's own intellectual creation, so the protection covers the structure of the database), but it also benefits of a different type of protection if it lacks originality (originality determined using aesthetic or qualitative criteria), yet representing a substantial investment in collecting, verifying and presenting information, the so called *sui generis right*.

2. Premises of the new legislation

As it is stated in the preamble of the Directive, its aim was to eliminate the existing differences in the legal protection of data bases offered by the legislation of Member States, by harmonising the rules that applied to copyright protection.

At the time of its adoption, the Commission identified the differences in the standard of "originality" between *common law* Member States and *droit d'auteur* Member States, which subsequently influenced the level of protection granted to databases⁷.

Prior to the adoption of the Directive, the Member States' national laws had different approaches of the "level of originality" required in order to consider a database safeguarded or not by copyright law. *Droit d'auteur* Member States protected only "original" databases which implied an element of "intellectual creation", and this high standard of "originality" led to the granting of the copyright protection only to few databases, the so called "original" databases. The *common law* Member States protected not only the "original" but also the "non-original" databases, when the creation of the "non-original" databases involved considerable skills, effort or an important decision process in collecting and checking compilation. The fundamentals of this protection were the "sweat of the brow" theory.

I shall not insist on the *droit d'auteur*, because the subject is well known, in my opinion, and, anyway, it does not refer to the *sui generis right*, but I consider there are some questions related to the "sweat of the brow" theory, and, in this context, I will draw some ideas about "spin-off" databases.

"Spin-off" databases are simple lists incorporating information such as telephone numbers⁸, fixture lists⁹, lists of horses running in the races¹⁰, television programmes' lists¹¹ etc.

Usually, before the adoption of the Directive, this type of databases was not protected by copyright according to the jurisprudence of European Court. In the *Magill* case¹², for instance, the European Commission found that the three public television broadcasters whose images were broadcasted in Ireland had abused their dominant position on the Irish broadcasting market refusing to license Magill to publish in its magazine a comprehensive weekly television guide, given that information about TV programme timings was indispensable to allow a firm to compete in the market for TV list magazines. The Court of first instance found that "although the programme listings were at the material time protected by copyright

as laid down by national law, which still determined the rules governing that protection, the conduct at issue could not qualify for such protection within the framework of the necessary reconciliation between intellectual property rights and the fundamental principles of the Treaty concerning the free movement of goods and freedom of competition. The aim of that conduct was clearly incompatible with the objectives of Article 86'. Therefore, in this case, the Court ruled that "spin-off" databases were not protected, but its judgment was motivated not by the appliance of the copyright rules, but through the appliance of free movement of goods and freedom of competition standards.

The jurisprudence was similar in the United States of America, but, in this case, the motivation was based on copyright elements. The landmark case was *Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991)¹³. Even the U.S. Copyright Report on Legal Protection for Databases from August 1997¹⁴ speaks about a period "before Feist" and "subsequently judicial interpretation of Feist". Shortly, in Feist case, the plaintiff, Rural Telephone Service Co. (Rural), was a local telephone company that produced a white-pages telephone directory covering its service area. Feist Publications (Feist), the defendant, published a directory covering multiple service areas. After Feist sought, and was refused, a license to the listings in Rural's directory, it copied the listings without authorization. The Court reviewed the former "sweat of the brow" theory and, actually, rejected it, settling that authorship means a certain level of originality in the selection, coordination and arrangement of the underlying material. Rural's selection of listings was not just unoriginal, but practically inevitable, so, in this kind of works, "the creative spark was utterly lacking or so trivial as to be virtually nonexistent". The conclusion, anyway, was that factual lists had not been protected by copyright.

3. The EU database Directive 96/9/EC

In its attempt to harmonise the legislation of different Member States, the community legislator found a way to protect not just databases which fall within the *droit d'auteur* concept, but also those databases which lack in originality, but had been protected before by "sweat of the brow" criterion.

The new Directive contains rules protecting the "original" databases and rules for "non-original" databases, protected by the *sui generis right*. Its real purpose was, as it easily noticeable, to assure protection within the Union for those databases which do not meet the originality requirements in order to be protected by copyright in the light of *droit d'auteur* criterion.

As a consequence, the protection of databases is divided in *copyright* and *sui generis right*.

Copyright

According to article 3 § 1, “databases which, by reason of the selection or arrangement of their contents, constitute the author's own intellectual creation shall be protected as such by *copyright*. No other criteria shall be applied to determine their eligibility for that protection.” Backing up to the 16th recital of the preamble, “no criterion other than originality in the sense of the author's intellectual creation should be applied to determine the eligibility of the database for copyright protection, and in particular no aesthetic or qualitative criteria should be applied”.

Copyright entitles the author of a database to authorize:

“(a) temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part;

(b) translation, adaptation, arrangement and any other alteration;

(c) any form of distribution to the public of the database or of copies thereof. The first sale in the Community of a copy of the database by the rightholder or with his consent shall exhaust the right to control resale of that copy within the Community;

(d) any communication, display or performance to the public;

(e) any reproduction, distribution, communication, display or performance to the public of the results of the acts referred to in (b).” (article 5).

There are still certain restrictions of these rights which may be stipulated in national legislation, enumerated in article 6, in favor of the lawful user, in case of reproduction of a non-electronic database for private purposes, in case of use for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research (non commercial purposes), for the purpose of public security or for the purpose of an administrative or judicial procedure, without allowing its use in a manner that would unreasonably prejudices the rightholders' legitimate interests or conflicts with normal exploitation of the database.

Sui generis right

The relevant provisions from Directive are:

Article 7

“1. Member States shall provide for a right for the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database.

2. For the purposes of this Chapter:

(a) *'extraction'* shall mean the permanent or temporary transfer of all or a substantial part of the contents of a database to another medium by any means or in any form;

(b) *'re-utilization'* shall mean any form of making available to the public all or a substantial part of the contents of a database by the distribution of copies, by renting, by on-line or other forms of transmission. The first sale of a copy of a database within the Community by the rightholder or with his consent shall exhaust the right to control resale of that copy within the Community; public lending is not an act of extraction or re-utilization. (...)

5. The *repeated and systematic* extraction and/or re-utilization of *insubstantial parts* of the contents of the database implying acts which conflict with a normal exploitation of that database or which unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database shall not be permitted."

The Directive also stipulates the rights and obligations of lawful users in article 8¹⁵ and exceptions to the *sui generis* right in article 9¹⁶.

4. Case-Law of the European Court of Justice

On 9 November 2004, for the first time, the European Court of Justice gave its interpretation of the scope of the *sui generis* right under Directive 96/9/EC, in four cases referred to it under Article 234 of the EC Treaty by national Courts of the United Kingdom, Finland, Sweden and Greece, namely:

- 1) **Case C-46/02**, Fixtures Marketing Ltd – v – Oy Veikkaus Ab
- 2) **Case C-203/02**, The British Horseracing Board Ltd et al (“BHB”) – v – William Hill Organisation Ltd
- 3) **Case C-338/02**, Fixtures Marketing Ltd – v – AB Svenska Spel
- 4) **Case C-444/02**, Fixtures Marketing Ltd – v – OPAP

I shall not evoke all of them, just one, which, in my opinion, is the most relevant.

The British Horseracing Board Ltd and Others – v – William Hill Organisation Ltd¹⁷

Facts of the case

The British Horseracing Board (BHB) is the governing authority for the British horse racing industry, being responsible for the compilation of different types of data related to horseracing, such as pedigrees of horses, name, place, date

of the race concerned, the distance over which the race is to be run, the criteria for eligibility to enter the race, the date by which entries must be received, the entry fee payable and the amount of money the racecourse is to contribute to the prize money for the race.

Weatherbys Group Ltd, the company which compiles and maintains the BHB database, performs three principal functions, which lead up to the issue of pre-race information, namely, registering information concerning owners, trainers, jockeys and horses and records the performances of those horses in each race, deciding on weight adding and handicapping for the horses entered for the various races and compiling the lists of horses running in the races. This activity is carried out by its own call centre, manned by about 30 operators. They record telephone calls entering horses in each race organised. The identity and status of the person entering the horse and whether the characteristics of the horse meet the criteria for entry to the race are then checked upon. Following those checks the entries are published provisionally. To take part in the race, the trainer must confirm the horse's participation by telephone by declaring it the day before the race at the latest. The operators must then ascertain whether the horse can be authorised to run the race in the light of the number of declarations already recorded. A central computer then allocates a saddle cloth number to each horse and determines the stall from which it will start. The final list of runners is published the day before the race.

The annual cost of continuing to maintain the database and keep it up to date is approximately £4 million.

The racing information, including the names of all the participants in all the races in the UK, is made available to radio and television broadcasters, magazines and newspapers and to members of the public on the afternoon before the race through newspapers and Ceefax/Teletext.

On the day before a race, bookmakers receive, through various subscriber services, a specific compilation of information without which bets could not be placed.

William Hill Organisation Ltd is one of the leading providers of odds in horseracing. In addition to traditional sales methods – such as licensed betting offices and telephone betting – it offers internet betting for all the major horse races in the UK.

The information displayed on its web sites comes from newspapers and from an information service for subscribers that in turn obtains its information from the BHB's database. Neither the newspapers nor the information service have any right to grant a sublicense to William Hill to use any information derived from the BHB's database on its web site.

The information on the William Hill web site only covers a small part of the whole of the BHB database and is arranged in a different way. If the customer requires any other information to arrive at an informed view of the horse's chances of success, such information can be found elsewhere, such as newspapers.¹⁸

Arguments of the British Horseracing Board Ltd

“In March 2000 the BHB and Others brought proceedings against William Hill in the High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, alleging infringement of their *sui generis* right. They contend, first, that each day’s use by William Hill of racing data taken from the newspapers or the RDF is an extraction or re-utilisation of a substantial part of the contents of the BHB database, contrary to Article 7(1) of the directive. Secondly, they say that even if the individual extracts made by William Hill are not substantial they should be prohibited under Article 7(5) of the directive. “

Request for a preliminary rulings

The High Court of Justice ruled in a judgment of 9 February 2001 that the action of BHB and Others was well founded. William Hill appealed to the referring court.

The Court of Appeal decided to stay proceedings and refer the following to the Court of Justice for a preliminary ruling, raising questions regarding the interpretation of certain terms, such as:

- “substantial or insubstantial part of the contents of the database”,
- “substantial part evaluated quantitatively and qualitatively”,
- “extraction”,
- “re-utilisation”,
- “acts which conflict with a normal exploitation of that database or unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database”.

The Rulings

1. The expression ‘investment in ... the obtaining ... of the contents’ of a database in Article 7(1) of Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases must be understood to refer to the resources used to seek out existing independent materials and collect them in the database. It does not cover the resources used for the creation of materials which make up the contents of a database.

The expression ‘investment in ... the ... verification ... of the contents’ of a database in Article 7(1) of Directive 96/9 must be understood to refer to the resources used, with a view to ensuring the reliability of the information contained in that database, to monitor the accuracy of the materials collected when the database was created and during its operation. The resources used for verification during the stage of creation of materials which are subsequently collected in a database do not fall within that definition.

The resources used to draw up a list of horses in a race and to carry out checks in that connection do not constitute investment in the obtaining and verification of the contents of the database in which that list appears.

In other words, if the author of the databases invested in creating the data, this does not constitute also an investment in obtaining it from an independent source and in verification. Consequently, there is no protection by *sui generis right*, which is the equivalent for any protection at all, because the data incorporated in the content is not original, so it is not protected by the copyright. Many times, like in the case cited, there is no difference between creating the data and obtaining the data, because there must be somebody to collect that information directly from the interested individuals, like horse owners for instance, in this case.

Resolving the question as above stated, the Court left the “spin-off” databases without any protection, which was not the real intention of the community legislator, despite of the jurisprudence of the court before the Directive¹⁹. Reading the Commission’s *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection on data bases*²⁰, we notice that certain resentments transpires because of the narrow interpretation given by the Court to the *sui generis* protection for “non-original” databases where the data were created by the same entity as the entity that established the database, the so called “single-source” databases, whereas other industries like publishers of directories, listings or maps, remain protected as long as they solely obtain these data from others and do not create their own data.

In this procedure, the Court should give an abstract answer to an abstract question, leaving the national judge to apply the law interpreted by the Court to the facts. In other words, the final solution shall not transpire from the preliminary rulings. In this case, the Court crossed the line and ruled on the facts, saying that “*the resources used to draw up a list of horses in a race and to carry out checks in that connection do not constitute investment in the obtaining and verification of the contents of the database in which that list appears*”. This fact did not remain unnoticed by the national judges, as we may conclude by perusing the final decision²¹. Lord Justice Pill motivated his opinion mainly based on the conclusion of the European Court, which should have been applied by his Court (48, 49). Lord Justice Clarke limited his arguments by simply embracing those of the other two LJ. Lord Justice Jacob, who was the main redactor of the judgment, found a supplementary argument in order not to give up his own beliefs about the protection of “spin-off” data bases on the field of “sweat of brow” theory. He explained that the final database, which is eventually published, had had the BHB’s stamps of authority on it, becoming an official list. That meant “no one else could go through a similar process to produce the official list”. So, the BHB’s database was not one consisting of “existing independent materials”, because the nature of information was changed with the stamp of official approval, “becoming something different from a mere database existing material” (28, 29, and 30).

2. The terms ‘extraction’ and ‘re-utilisation’ as defined in Article 7 of Directive 96/9 must be interpreted as referring to any unauthorised act of appropriation and distribution to the public of the whole or a part of the contents of a database. Those terms do not imply direct access to the database concerned.

The fact that the contents of a database were made accessible to the public by its maker or with his consent does not affect the right of the maker to prevent acts of extraction and/or re-utilisation of the whole or a substantial part of the contents of a database.

We shall notice, that '*extraction*' and '*re-utilisation*' includes indirect use of the database. Consequently, a person may extract or reutilise the contents of a database without having direct access to the database from which the contents are derived (or realising they have done so).

The fact that the contents of the database are otherwise publicly available, does not affect the protection of the database.²²

3. The expression ‘substantial part, evaluated ... quantitatively, of the contents of [a] database’ in Article 7 of Directive 96/9 refers to the *volume* of data extracted from the database and/or re-utilised and must be assessed in relation to the total volume of the contents of the database.

The expression ‘substantial part, evaluated qualitatively ... of the contents of [a] database’ refers to the scale of the *investment* in the obtaining, verification or presentation of the contents of the subject of the act of extraction and/or re-utilisation, regardless of whether that subject represents a quantitatively substantial part of the general contents of the protected database.

Any part which does not fulfil the definition of a substantial part, evaluated both quantitatively and qualitatively, falls within the definition of an insubstantial part of the contents of a database.

This is an eloquent conclusion, which does not necessitate many commentaries. Just a single idea is worthy of mention, on paragraph 70, that throws light on what the substantial part quantitatively evaluated means²³. The criterion of quantity is explained not just by comparing the volume of data extracted or re-utilised with the volume of the entire content of the database, but the volume of investment in the part extracted or re-utilised with the volume of investment in the entire content. In other words, the *investment* made by the creator of the database will always have to be taken into consideration in the assessment of whether a substantial part has been taken.

4. The prohibition laid down by Article 7(5) of Directive 96/9 refers to unauthorised acts of extraction or re-utilisation the cumulative effect of which is to reconstitute and/or make available to the public, without the authorisation of the maker of the database, the whole or a substantial part of the contents of that database and thereby seriously prejudice the investment by the maker.

5. The impact of the ECJ's interpretation on the scope of the "sui generis" right

There are some conclusions in the Commission's *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection on data bases*²⁴ about the effects of the ECJ's evaluation on the scope of the "sui generis" right, namely that this proved to be a difficult task, and the "sui generis" provisions had caused considerable legal uncertainty in the EU and national level. The scope of the provision was severely curtailed, as noticed the Commission, in the ECJ's judgments, which led to a decreased protection for "non-original" databases.

Trying to solve this situation, the Commission formulated some policy options²⁵, specifically to repeal the entire Directive; to withdraw the "sui generis" right; to amend the "sui generis" right or to maintain the *status quo*. Apparently, this final option proved to be the viable alternative.

6. Instead of conclusions...

This paper does not pretend to exhaust the subject of the "sui generis" right, not even to be as original as the author wished it to be. Hopefully, the criterion of originality would be applied at least as in the case of databases, for the way the author chose the relevant information and arranged it in a certain logical, order.

* ANDREA ANNAMARIA CHIS, Judge, Court of Appeal, civil division. tulusandrea@yahoo.com

¹ See Laura Gasaway, *Databases and The Law*, Cyberspace Law course at the UNC School of Law for Spring, 2006, <http://www.unc.edu/courses/2006spring/law/357c/001/projects/dougf/node1.html> .

² Published in Official Journal L077, 27/03/1996 P. 0020-0028, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML>, we will call it further the Directive.

³ See Balogh Zsolt, *Information and Communication Technology Law in EU and in Hungary*, Chapter 11. *Az adatbázisok védelme*.

⁴ See footnote 3.

⁵ See article 1 § 3.

⁶ Published in Official Journal L 122, 17/05/1991 P. 0042 – 0046, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:EN:HTML> .

⁷ Commission of the European Communities, Brussels, 12 December 2005, DG Internal Market and services Working paper, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection on data bases*, p. 1, 7, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf .

- ⁸ See *Telstra Corporation Limited v Desktop Marketing Systems Pty, Ltd*, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DTLJ/2001/1.html> and also <http://www.findlaw.com.au/article/1308.htm> . The case is interesting because the judgment is in favor of protection for “spin-off” databases. For a different opinion, see, *Feist Publications, Inc. v Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm.
- ⁹ See reference for a preliminary ruling, *Fixtures Marketing Ltd – Oy. Veikkhaus Ab*, Case C – 46/2002, *Fixtures Marketing Ltd – v – AB Svenska Spel*, Case C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd – v – OPAP*, Case C-444/02, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/jurisprudence_en.htm
- ¹⁰ Case C-203/02, *The British Horseracing Board Ltd et al (“BHB”)– v – William Hill Organisation Ltd*, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/prot-databases/jurisprudence_en.htm
- ¹¹ See *Radio Telefis Eireann v RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities*, Joined cases C-241/91 P and C 242/91 P, http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61991J0241&lg=en .
- ¹² See footnote 11 above.
- ¹³ For some commentaries, see footnote 1 above, footnote 14 below, and Anita Thomas, *Protection for Databases*, <http://library.findlaw.com/1999/Jun/1/128089.html> . For the text of the judgment, see footnote 8.
- ¹⁴ See <http://www.copyright.gov/reports/dbase.html> .
- ¹⁵ The text is: “1. The maker of a database which is made available to the public in whatever manner may not prevent a lawful user of the database from extracting and/or re-utilizing insubstantial parts of its contents, evaluated qualitatively and/or quantitatively, for any purposes whatsoever. Where the lawful user is authorized to extract and/or re-utilize only part of the database, this paragraph shall apply only to that part.
2. A lawful user of a database which is made available to the public in whatever manner may not perform acts which conflict with normal exploitation of the database or unreasonably prejudice the legitimate interests of the maker of the database.
3. A lawful user of a database which is made available to the public in any manner may not cause prejudice to the holder of a copyright or related right in respect of the works or subject matter contained in the database.”
- ¹⁶ The text is: “ Member States may stipulate that lawful users of a database which is made available to the public in whatever manner may, without the authorization of its maker, extract or re-utilize a substantial part of its contents:
(a) in the case of extraction for private purposes of the contents of a non-electronic database;
(b) in the case of extraction for the purposes of illustration for teaching or scientific research, as long as the source is indicated and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved;
(c) in the case of extraction and/or re-utilization for the purposes of public security or an administrative or judicial procedure. “
- ¹⁷ See footnote 10 above.
- ¹⁸ See also *Legal protection for databases: case report*, <http://www.out-law.com/page-392> .
- ¹⁹ See footnotes 11 and 12 above, about the Magill case.

²⁰ See footnote 7 above, p.13-15.

²¹ See http://www.hmcourts-service.gov.uk/judgmentsfiles/j3280/bhb_v_williamhill.htm .

²² See footnote 18 above.

²³ This paragraph has the following content: “The expression ‘substantial part, evaluated quantitatively’, of the contents of a database within the meaning of Article 7(1) of the directive refers to the volume of data extracted from the database and/or re-utilised, and must be assessed in relation to the volume of the contents of the whole of that database. If a user extracts and/or re-utilises a quantitatively significant part of the contents of a database whose creation required the deployment of substantial resources, the investment in the extracted or re-utilised part is, proportionately, equally substantial. “

²⁴ See footnote 7 above, p.13-15.

²⁵ For more details, see p. 25-27 from the report.

AREN'T DECISIONS IN THE INTEREST OF THE LAW ACTUALLY INTERPRETATIVE LAWS? A THEORETICAL STUDY, GROUNDED IN CONSTITUTIONAL LAW AND JURISPRUDENCE, OF THE LEGAL CONCEPTS OF REVIEW IN THE INTEREST OF THE LAW AND DECISION IN THE INTEREST OF THE LAW

Aron SAMU*

Abstract. *Aren't Decisions in the interest of the law actually interpretative laws? Following a thorough theoretical analysis, of both the constitutional framework, as well as the relevant legal provisions, conducted by always relating to the vast jurisprudence that the Constitutional Court has established in the matter, and also to the doctrinarian studies that have investigated the issue as well, we believe that our current study managed to prove that the question should be answered in an affirmative way. And it didn't stop here, but pressed on to also analyze the practical consequences which derive from such an answer. The result? The shaping of a new theory, whose implications add a bit of color to the constitutional law landscape.*

Rezumat. *Deciziile în interesul legii nu sunt de fapt legi interpretative? După o temeinică analiză teoretică, atât a reglementărilor constituționale, cât și a celor legale relevante, realizată având tot mereu în vedere și vasta jurisprudență a Curții Constituționale în materie, precum și studiile doctrinare care tratează această temă, considerăm că studiul de față a reușit să demonstreze că trebuie răspuns în mod afirmativ acestei întrebări. Și nu s-a oprit aici, ci a continuat să analizeze și consecințele practice care derivă dintr-un atare răspuns. Rezultatul? Conturarea unei noi teorii în materie, ale cărei implicații aduc un strop de culoare în peisajul dreptului constituțional.*

Keywords: Review in the interest of the law, Decision in the interest of the law, interpretative law, the applying of the law over time, the control over the constitutionality of laws

Cuvinte cheie: Recurs în interesul legii, Decizie în interesul legii, lege interpretativă, aplicarea legii în timp, controlul constituționalității legilor

Motto:

“E Pluribus Unum”...
(Publius Vergilius Maro “Virgil”, *Moretum*)

OUTLINE

A. Role of the Romanian High Court of Cassation and of Justice. Some aspects of comparative law

B. A thorough analysis of the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law

B. a. A look at the evolution of these legal concepts since the enactment of the Carol II Code of Criminal Procedure

B. b. The legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law as they are nowadays regulated by the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure

C. A look at the dispute regarding the constitutionality of the final part of the previously analyzed third paragraph - "The interpretation of the legal issues addressed is mandatory for the courts.". Is there a way to completely overcome this issue?

C. a. Preamble

C. b. Systematic walkthrough of all the relevant constitutional provisions pertaining to the issue at hand

C. c. Systematic walkthrough (or, better yet, criticism) of major doctrinarian studies, relevant to the context of our current analysis

C. d. Analysis of the relevant jurisprudence that the Constitutional Court has established pertaining to the topic at hand

C. e. Preliminary conclusion

D. Concluding remarks

A. Role of the Romanian High Court of Cassation and of Justice. Some aspects of comparative law

The High Court of Cassation and of Justice is the court of the highest instance in a four-tier legal system which also includes, in descending order of authority, Courts of Appeal, Tribunals and inferior Local Courts.

According to the two annexes of the Law no. 304/2004 regarding the judicial system¹, the judiciary in Romania is comprised of other 15 Courts of Appeal (plus a Military Court of Appeal), 42 Tribunals (plus three Tribunals specialized in Commercial Law, one specialized in Family Law, and one Territorial Military Tribunal), and a large number of inferior Local Courts (plus four Military Tribunals). A similar military courts system / civil courts system duality can be found in many states around the world, including the United States of America.

The first paragraph of Article 126 of the Constitution of Romania² states that "The administration of justice is upheld by the High Court of Cassation and of Justice and the other courts established by law." This article, as well as the entire Section 1 of Chapter VI³ establish the High Court of Cassation and of Justice as the only court in Romania that has an existence guaranteed by the Constitution of Romania, the supreme law of the state. The content of this paragraph is similar to that of Article III, Section 1 of the United States Constitution, which states that "The judicial Power of the United States shall be vested in one supreme Court and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish."

The third paragraph of the same Article 126 of the Constitution of Romania states that “The High Court of Cassation and of Justice shall ensure that the law is interpreted and applied in the same way by all the other courts of law, according to its competence.” This is a statement of the role of the High Court of Cassation and of Justice, a role of such importance that the Parliament chose to reiterate it in the second paragraph of Article 18 of the Law no. 304/2004 regarding the judicial system. This is not an easy task at all, especially considering the large number of courts that make up the judiciary in Romania, as well as the fact that the country’s population of 21.680.974⁴ constantly supplies the courts with a great deal of trials.

A fact that further shows the difficulty the High Court of Cassation and of Justice encounters in the quest for the achievement of its ultimate goal is that Romania has a civil law or continental law legal system.

Civil law is primarily contrasted against common law, which is the legal system developed among Anglophone people, especially in England. The original difference is that, historically, common law was law developed by custom, beginning before there were any written laws and continuing to be applied by courts after there were written laws, too, whereas civil law developed out of the Roman law of Justinian’s *Corpus Juris Civilis*⁵.

The difference between civil law and common law lies not just in the mere fact of codification, but in the methodological approach to codes and statutes. In civil law countries, legislation is seen as the primary source of law. By default, courts thus base their judgments on the provisions of codes and statutes, from which solutions in particular cases are to be derived. Courts thus have to reason extensively on the basis of general rules and principles of the code, often drawing analogies from statutory provisions to fill lacunae and to achieve coherence. By contrast, in the common law system, cases are the primary source of law, while statutes are only seen as incursions into the common law and thus interpreted narrowly.

In our national juridical literature there have been ample discussions about the sources of law in Romania. The conclusions at which the various authors arrive are more or less the same. There are two main categories of sources of law: primary sources and secondary (inferior) sources. The primary sources include the Constitution, statutes passed by the Parliament and international treaties that are ratified by Parliament according to the law, as they are part of the national law according to Article 11 paragraph (2) of the Constitution of Romania. The secondary sources include customary law, case law and legal writings.

The fact that the case law – sometimes called judicial precedent – is considered to be a source of law, was in the past and still remains controversial, both in our national juridical literature and legal writings from other states. The common law legal system, in opposition to the continental law legal systems, holds case law, alongside the customary law, as the main source of law, even if their supremacy is constantly challenged by the increase in importance of the statutes or national laws as sources

of law. Because of this it has been stated that it is just in the present that statutory law in England isn't at all inferior to case law as a source of law⁶.

If we are to analyze case law as a source of law, we must understand that it is not enough that a small number of courts found a particular solution to the legal dispute brought before them, solution that remains isolated versus the great majority of solutions given by other national courts in the same type of legal disputes. In order for case law to exist and be a reputable source of law, the solutions must be similar and agreed upon by the vast majority of national courts, as part of a constant legal practice. The constancy of the legal practice of the national courts needed for it to become veritable case law, makes the passage of time a prerequisite of this process. The constancy and passage of time are also needed in the making of customary law, to which case law has been compared. It has thus been said that case law is in fact savant customary law⁷.

Romania has a civil law legal system, the predominant system of law in the world. Traditionally, the civil law legal system of Romania does not consider case law to be a veritable source of law. Our national juridical literature is supportive of this statement, because of the many problems that would arise otherwise: how could the parties of a particular trial know the existing case law, given the fact that it is rarely published in the Official Gazette of Romania, as opposed to normative acts?; what guarantees do the parties possess, that the courts will not change the case law until the date of the trial, or that the court before which the trial takes place will not decide in a way that is contrary to the existing case law?; will the judge be able to justify his decision in a particular legal dispute on the basis of case law?; are court decisions subject to appeals or reviews based on the fact that they defy existing case law?; etc⁸.

On the other hand, the Romanian legislation regulates legal concepts with a dual role pertaining to the problem at hand: it challenges the previous statement and solves some of the before mentioned problems (even though it raises others), and also creates a "bridge", a controversial link, between the civil law and common law legal systems. The understanding of the most important of these legal concepts, called Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law, is crucial in order to fully grasp the role of the Romanian High Court of Cassation and of Justice: to ensure that the law is interpreted and applied in the same way by all the other national courts of law.

B. A thorough analysis of the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law

The Review in the interest of the law is the procedural means through which a Decision in the interest of the law is issued. This is a clarification that is absolutely necessary in order to understand these legal concepts. Also, it is worth mentioning that the Romanian legislature chose to regulate these legal concepts

separately and in a different way, the criteria of this duality of the regulation being the application of these concepts in civil versus criminal matter.

B. a. A look at the evolution of these legal concepts since the enactment of the Carol II Code of Criminal Procedure

It is important to have a historical view of these concepts and witness their evolution through the various political systems Romania had. Their history is tightly linked with the history of Romania itself, and shows the need for unity in the interpretation and application of the law, no matter what political system our nation had.

One of the first appearances of these concepts in the Romanian legislation can be traced back as far as the enactment of the Carol II Code of Criminal Procedure⁹, issued by the Parliament of Romania.

At the time, according to Article 19.3 of Section V of the Code, entitled “Competence of the Court of Cassation”, “the Court of Cassation hears and renders judgment upon the Reviews in the interest of the law and those initiated by the Minister of Justice”. We can note that the name of the highest court in Romania was different, but its competence in the matter of issuing Decisions in the interest of the law was the same as it is nowadays. According to Article 497 of the Code, “The Public Ministry¹⁰ attached to the Court of Cassation, in a direct manner or by request of the Minister of Justice, *has the right*, in order to ensure unity in the interpreting and applying of the criminal and criminal procedure laws, throughout the entire territory of the country, to demand that the Court of Cassation decide upon the legal issues which received different interpretations by the review courts mentioned by Articles 16 and 17.3¹¹”.

There are several aspects of this regulation worth mentioning. These aspects are the ones that will change with time. First of all, the competence to promote a Review in the interest of the law belonged to the Public Ministry attached to the Court of Cassation, the highest prosecutorial authority in Romania. The Public Ministry could choose to do so in a direct manner, thus the decisional power in this case would belong to the Prosecutor General of Romania. It could also choose to do so at the request of the Minister of Justice. We use the term “choose” because it is an option, a possibility the Public Ministry has. We emphasized the word group “has the right” when we quoted the text of Article 497 for exactly this purpose: to show that the Ministry has the right, thus isn't obliged to exercise it, no matter which of the two authorities would have the initiative. This is an extremely important fact. We must remember that this article belongs to a Code of *Criminal* Procedure. And criminal law is to be strictly interpreted¹². If there is one law, and it is to be strictly interpreted in order to offer a guarantee of the fairness of the trial to the accused, then the criminal legal issues should be decided upon in the same way by all the national courts. However, differences in this field continue to exist, thus the need to unify

the dissenting practice of the courts. But to leave only the possibility, and not create an obligation for initiating this much needed procedure in order to establish this unity, isn't satisfactory. This is why, as we will show, in the present, at least in criminal matter, things have changed from this standpoint.

A second aspect is the one concerning the authorities able to initiate the Review in the interest of the law, smaller in number than in the present.

The establishment of the communist regime in Romania, after the monarchy was abolished, enacted new laws, both in civil and in criminal matter.

As far as the criminal procedure is concerned, the Carol II Code of Criminal Procedure was replaced by the Code of Criminal Procedure of the Romanian People's Republic¹³, issued by the Ministry of Justice. This normative act did not regulate the legal concept of Review in the interest of the law anymore. The most important reason for this lack of regulation is that criminal and criminal procedure laws had to become more flexible, interpretable, and the court rulings in criminal matters had to also. This is an imperative within a communist regime, in order to be able to effectively preserve the political system.

As for civil law, the Code of Civil Procedure of the Romanian People's Republic¹⁴, issued by the Ministry of Justice, takes the old concept of Review in the interest of the law and adds some twists. Chapter III of the Code, entitled "Special Reviews", states, in Article 329, that: "The Public Ministry attached to the Court of Cassation, in a direct manner or by request of the Minister of Justice, can attack by means of a Review in the interest of the law, before the Court of Cassation, in Joint Sections¹⁵, as a consequence of law violation in rendering the following: 1. Partial Decisions or Decisions reached as a result of a review before the Court of Cassation; this possibility is not affected by an extraordinary review promoted by the parties; 2. Irrevocable Decisions issued as a result of a review before other courts. The Cassation will be done in the sole interest of the law and the interpretation of the legal issues addressed is mandatory for the courts. The Ministry of Justice will notify the courts of these Decisions of the Court of Cassation".

As we can notice, there are a few differences from the regulation contained in Article 497 of the Carol II Code of Criminal Procedure. The first is that the Court of Cassation will decide upon the Review in the interest of the law in Joint Sections. By the Carol II Code, only judges of the Criminal Chamber decided upon the Review. The creation of the Joint Sections was very useful. In this way, all the judges of the Court of Cassation would have the possibility to express their legal opinion regarding the disputed legal issue. However, the downside of this creation was that in a civil matter, for example, the judges specialized in criminal matters could have a vote equal in importance to that of the judges specialized in civil matters.

A second difference is that the Review in the interest of the law stopped being a procedural way of directly challenging various dissenting interpretations of the law by the national courts. It was directed against Partial Decisions or Decisions

that were final (except for the fact that they could have been attacked by the parties by means of an extraordinary review), or against Irrevocable Decisions of other courts, *if in the process of issuing these Decisions the law had been violated*. And there is a huge gap between dissenting interpretations of the law and law being violated. Nevertheless, the Review in the interest of the law remained a procedural means of assuring unity in the interpretation and application of the law, because the interpretation of the legal issues addressed was mandatory for the courts. This legal provision is exceptional, in the way that in a civil law legal system, lower courts are from now on legally bounded to strictly follow, to adhere to a particular interpretation of the law reached by the Court of Cassation. In order to make these Decisions of the Court of Cassation public, as they are now not mere Decisions, but actually interpretative laws, the Ministry of Justice was tasked with notifying the lower courts.

A third and final difference is that this Review can be used in civil matter, as opposed to the one used in criminal matter of the Carol II Code.

Also, a fact worth mentioning is that the Public Ministry had the legal right, according to Article 46 of the Code of Civil Procedure of the Romanian People's Republic, to express its opinion of the legal issue addressed by the Court of Cassation constituted in Joint Sections.

The year 1968 brought important changes to the concept of Review in the interest of the law. Article 38 of Law no. 58/1968 regarding the judicial system¹⁶, stated: "In order to issue its Guidance Decisions¹⁷, the Supreme Tribunal will gather, in plenary session¹⁸, at least once every 3 months. The Minister of Justice and the Prosecutor General of Romania will express their legal conclusions regarding the issues discussed in these plenary sessions". According to this legal statement, the Supreme Tribunal becomes a pseudo-legislative body. It must gather in plenary session at least once every 3 months to discuss problematic legal issues, so its Guidance Decisions will be issued with regularity. These Decisions, although called Guidance Decisions, were actually mandatory for the lower courts to follow. In a communist regime, the state wants to gain the greatest amount of control over the way justice is dispensed, so it can literally choose the way justice is done. That is why no lower court could dare challenge an interpretation given by the Supreme Tribunal by means of a Guidance Decision. But these Decisions were interpretative in nature, and not normative. This is why we state that the Supreme Tribunal becomes a pseudo-legislative body. It issues these Guidance Decisions, which are basically interpretative laws. They are law because they are *de facto* mandatory for the lower courts, and express the will of the communist state regarding how the law should be interpreted.

In the event the Supreme Tribunal would tend to become independent of the will of the leaders of the communist regime, Article 41 of the same Law no. 58/1968 regarding the judicial system would become applicable. This article stated that "The Guidance Decisions of the Supreme Tribunal are subject to the control of the Great National Gathering, and in the period of time between sessions, to the control of

the State Council". We can find concise definitions of the Great National Gathering and State Council in Articles 42 and 62, respectively, of the Constitution of the Romanian Socialist Republic¹⁹. The Great National Gathering was "the supreme body that held the power of state, and the sole legislative body of the Romanian Socialist Republic", equivalent, at least in theory, to today's Parliament. The State Council was "a supreme body that held the power of state, with a permanent activity²⁰, subordinate to the Great National Gathering".

The fact that the Supreme Tribunal's Guidance Decisions, issued in exercising the judicial power within the state, were subject to the control of the legislative and executive powers of state is a clear example of the breaking of the separation of powers within the state modern principle by the communist regime. This is true at least formally, if we consider the Guidance Decisions to be issued still in exercising the judicial power within the state. If we view them as issued outside the boundaries of the judicial power, as acts of the legislative power, as interpretative laws, the subordination to the legislative body becomes normal, but the fact that they are subject to control also from the executive power of state remains an anomaly. We will further discuss these implications in our analysis of the modern day legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law.

Another law of the year 1968, Law no. 60/1968 regarding the organizing and functioning of the Prosecution of the Romanian Socialist Republic²¹, in Article 20, states that "The Prosecutor General of Romania can notify the Supreme Tribunal, in order for it to issue Guidance Decisions, in order to ensure unity in the applying of the law". According to Article 21 of the same law, "The Prosecutor General of Romania will take part in the plenary sessions of the Supreme Tribunal in which Guidance Decisions are issued." Even if the Supreme Tribunal was obliged by law to gather in plenary sessions at least once every 3 months, the Prosecutor General of Romania had the right to "remind" the Supreme Tribunal of its role in ensuring unity in the applying of the law throughout the entire territory of Romania.

Another important addition of the laws of year 1968 was that the concept of Guidance Decisions did not just apply to civil matters anymore, but to criminal ones as well. This was a resurrection of the possibility of the Supreme Tribunal to ensure unity in the applying of the criminal laws and criminal procedure laws by the lower courts.

Just like the way Law no. 60/1968 allowed the Prosecutor General of Romania to intervene in the process of issuing the Guidance Decisions, in the sense that it had the right to notify the Supreme Tribunal whenever considered necessary to ensure unity in the applying of the law, so does Decree no. 85/1973²² that modified Decree no. 648/1969 regarding the organizing and functioning of the Ministry of Justice, later becoming Law no. 43/1969, as modified and completed to date, allow the Ministry of Justice to do the same, with a few twists.

First one is that, according to Article 2 Section A. Subsection c), "...the Ministry of Justice will notify the Supreme Tribunal of the problems in the applying of the law regarding which it considers necessary that Guidance Decisions have to be issued;...". As we can easily notice, the "will notify" imperative was present, as opposed to the "can notify" present in Law no. 60/1968. The Prosecutor General of Romania could, but the Ministry of Justice had to.

A second twist is also found in Article 2 Section A. Subsection c). The fact that the Ministry of Justice had the prerogative of "organizing the study of the case law and the creation of statistics regarding the activity of the courts" shows that the Ministry had to be actively involved in the study of the activity and decisions of the courts in Romania, as opposed to the Prosecutor General of Romania, which did not have such a legal obligation. This explains the difference noted in the previous paragraph.

As was the case in Article 21 of Law no. 60/1968, so Article 5 of Decree no. 85/1973 states that "The Ministry of Justice expresses its legal conclusions regarding the issues discussed during the plenary sessions of the Supreme Tribunal". Again, the difference that in the case of the Prosecutor General of Romania, it "took part in the plenary sessions", as opposed to the Ministry of Justice which had to "express its legal conclusions", can be noted and shares the same explanation stated before. Also, this is another clear example of the breaking of the separation of powers within the state modern principle by the communist regime, as the executive branch of power interferes with the process of interpreting the law by the judicial branch of power.

The final piece of relevant legislation pertaining to the subject at hand is the 1986 Constitution of the Romanian Socialist Republic. Article 104 of the Constitution states that "The Supreme Tribunal controls the activity of all the tribunals and inferior local courts. The means through which this control is actually achieved are to be determined by law. In order for unity in the applying of the law to be achieved, the Supreme Tribunal, gathered in plenary session, issues Guidance Decisions.". As we can see, this reference is not innovative in nature. It is worth separate mentioning for the sole fact that it represents the first time the competence of the Supreme Tribunal to issue the Guidance Decisions is recognized and upheld by the Constitution itself, the supreme law of the state (at least formally, because we have to remember this was still at a time the communist regime still existed in Romania).

The legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law *per se*, were reestablished as part of the Romanian legislation in the year 1993, by the enactment of Law no. 59/1993²³ and Law no. 45/1993²⁴, following their suppression in the year 1949. We believe that the evolution of the essence of these legal concepts can be truly witnessed only by thoroughly analyzing the pre-1993 succession of legal provisions in this field and that the understanding of this evolution is a prerequisite for understanding the present, applicable form, of the provisions regarding the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law, which we will further examine. We believe that it is unnecessary to

have a look at various changes of the regulations of these concepts that took place post-1993 and up to the present, because the changes do not exhibit a true, real evolution of the concepts anymore, but are merely an expression of confusion as to whether they should be regulated in a different versus unitary way, according to their appurtenance to the fields of law in general, on one hand, and criminal and criminal procedure law, on the other, and also confusion as to how exactly they should be regulated (for example, should the interpretation of the legal issues addressed as a consequence of the promoting of a Review in the interest of the law be mandatory for the courts or not)²⁵. A thorough analysis of the way these legal concepts are regulated today will suffice, in our opinion.

B. b. The legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law as they are nowadays regulated by the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure

According to the third paragraph of Article 126 of the Constitution, as well as the second paragraph of Article 18 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system, “The High Court of Cassation and of Justice shall provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, according to its competence.”. One of the means through which it fulfills its role is that of the legal institutions of Review in the interest of the law and Decisions in the interest of the law.

Given the fact that the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law are regulated separately and somewhat differently by the Code of Civil Procedure²⁶ and the Code of Criminal Procedure²⁷, we will present them in a comparative view, highlighting the differences whenever necessary.

According to Article 4 of the Code of Civil Procedure, “the High Court of Cassation and of Justice hears and decides upon: ... 2.the Reviews in the interest of the law ...”. This legal provision establishes the sole competence of the High Court of Cassation and of Justice when it comes to hearing and deciding upon Reviews in the interest of the law. After the completion of the process of hearing and deciding upon the Reviews in the interest of the law, the Court issues Decisions (according to Article 255 paragraph (1) of the Code), more specifically Decisions in the interest of the law.

Their corresponding articles, found in the Code of Criminal Procedure, are Articles 29, which states that “the Supreme Court of Justice²⁸: ... 3.hears and decides upon the Reviews in the interest of the law; ...”, and 311 paragraph (2), which states that the Court issues Decisions after the completion of the process of hearing and deciding upon the Reviews in the interest of the law, respectively.

But let us return to the task at hand. The legal concept of Review in the interest of the law is enunciated by Article 329 of the Code of Civil Procedure, on one hand.

The first paragraph of this article mentions the entities that have the competence to promote a Review in the interest of the law. Therefore, in civil matter, they are the Prosecutor General of the Prosecutorial Office attached to the High Court of Cassation and of Justice, also known as the Prosecutor General of Romania, able to promote the Review in a direct manner or at the request of the Minister of Justice, and, also, the leading bodies of the Courts of Appeal. These entities, according to the article, “*have the right*, in order to ensure unity in the interpretation and application of the law throughout the entire territory of Romania, to demand that the High Court of Cassation and of Justice hear and decide upon legal issues that have received different interpretations by the courts.”

According to the second paragraph of the same article, the Decisions issued by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, as a result of the promoting of a Review in the interest of the law, are to be published in Part I of the Official Gazette of Romania, just like the most important and powerful normative acts issued in Romania (such as laws, normative decisions of the government, etc.). This is an important fact because it supports, or, at least does not invalidate our belief that these Decisions in the interest of the law are truly interpretative law. According to Article 78 of the Constitution of Romania, each law is to be published in the Official Gazette of Romania. And because they are published in Part I of the Official Gazette of Romania, we can state that they can be viewed as interpretative law, because of the fact that they meet the degree of publicity needed for a law to become applicable. But we will return to this topic and expand upon our view of these Decisions as actual interpretative law in Section C of our work.

According to the third and final paragraph of the same article, “The Decisions are issued in the sole interest of the law, do not affect any of the examined court decisions, and neither do they affect the parties involved in those trials. The interpretation of the legal issues addressed is mandatory for the courts.”

On the other hand, the legal concept of Review in the interest of the law is enunciated by Article 414² of the Code of Criminal Procedure.

Just like in the case of the before mentioned article, the first paragraph of Article 414² mentions the entities that have the competence to promote a Review in the interest of the law in criminal matter. They are the Prosecutor General of Romania, able to promote the Review in a direct manner, the Minister of Justice, able to promote the Review in an indirect manner, by means of the Prosecutor General of Romania, as well as the leading bodies of the Courts of Appeal and the Prosecutorial Offices attached to them.

As we can see, there are two differences from the civil regulation of this legal concept. First is that, as opposed to the fact that in civil matter, the Prosecutor General of Romania is able (*has the right*) to promote the Review in a direct manner *or at the request of the Minister of Justice*, thus the role and initiative of the Minister of Justice being limited by the ultimate decisional power of the Prosecutor General

of Romania, in criminal matter, the Minister of Justice is able to promote the Review in an indirect manner, by means of the Prosecutor General of Romania. In this case, the ultimate decisional power belongs to the Minister of Justice, and the Prosecutor General of Romania becomes more of a procedural vehicle that allows the Review in the interest of the law to be effectively promoted.

The second is that other entities have been added, entities that do not exist in the regulation of the Code of Civil Procedure. They are the leading bodies of the Prosecutorial Offices attached to the Courts of Appeal.

The change and the addition are useful because they add to the guarantee that the accused will be tried in a fair way because of the fact that the criminal legal issues will be decided upon in the same way by all the national courts, according to their "official interpretation", issued by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice.

Another interesting fact to establish is whether the leading bodies of the Military Court of Appeal and the Military Prosecutorial Office attached to it have the competence to promote Reviews in the interest of the law or not. This issue arises because of the fact that Law no. 304/2004 regarding the judicial system has distinct regulations regarding civil Courts of Appeal versus the Military Court of Appeal, as well as civil Prosecutorial Offices attached to civil Courts of Appeal versus the Military Prosecutorial Office attached to the Military Court of Appeal, in almost every possible aspect regarding them.

In short, the issue at hand is whether their competence in this area is limited to the criminal matter or not. As the civil and criminal matters, though distinct, inevitably interlace, what seems to represent a purely theoretical aspect at first glimpse reveals its practical interest and applications. We must state that, at least in theory, whenever incidental aspects only tangential to the field of criminal law arise in certain matters²⁹, as they are undoubtedly relevant to the unifying of interpreting of criminal law in the end, the competence in this area must be in both criminal, as well as civil matter, in order for the institutions to effectively achieve their role. Also in favor of our current argument, we must acknowledge that in this matter, the legal principle of "*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*" is totally applicable, thus we must obey it as such.

We are in favor of viewing the leading bodies of the Military Court of Appeal and the Military Prosecutorial Office attached to it as able to promote Reviews in the interest of the law. Based on both legal provisions and logical reasoning, our argument constructed to support this point of view will be stated using a triple standpoint structure. Therefore, we will analyze this fact from a terminological point of view, from a jurisdictional level point of view, and also from a structural point of view.

First off, from a terminological point of view, the Military Court of Appeal is a Court of Appeal. The Military Prosecutorial Office attached to it is a Prosecutorial Office attached to a Court of Appeal. Article 329 of the Code of Civil Procedure

refers simply to “the leading bodies of the Courts of Appeal”, while Article 414² of the Code of Criminal Procedure uses the expression “the leading bodies of the Courts of Appeal and the Prosecutorial Offices attached to them”. The laws do not make any distinction between civil courts and military courts, as far as the legal concept of Review in the interest of the law is concerned. Therefore, we are not allowed to make such a distinction in this case either. It is why we believe that the leading bodies of the Military Court of Appeal and the Military Prosecutorial Office attached to it are able to promote Reviews in the interest of the law, according to the two laws.

Secondly, from a jurisdictional level point of view, we must compare the following regulations. According to the first four articles of the Code of Civil Procedure, the civil judiciary in Romania is comprised, in descending order, according to the level of jurisdiction, of the High Court of Cassation and of Justice, Courts of Appeal, Tribunals and inferior Local Courts. According to the first paragraph of Article 56 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system, the military courts in Romania are, in descending order, according to the level of jurisdiction, the Military Court of Appeal, the Territorial Military Tribunal, and the Military Tribunals. As we can see, the Courts of Appeal and the Military Court of Appeal are situated on the same third level of jurisdiction. It's the same in the case of the Prosecutorial Offices. Because of the fact that, according to the first paragraph of Article 89 of the same Law, each Court of Appeal has a Prosecutorial Office attached to it, and, according to the first paragraph of Article 98 of the same Law, each military court, including the Military Court of Appeal, has a Military Prosecutorial Office attached to it, the previous discussion and the conclusion drawn from it are also in effect in the case of the Prosecutorial Offices. We consider this fact as one more argument that supports our belief that the leading bodies of the Military Court of Appeal and the Military Prosecutorial Office attached to it are able to promote Reviews in the interest of the law.

Finally, from a structural point of view, we will show that the civil Courts of Appeal and the Prosecutorial Offices attached to them, on one hand, and the Military Court of Appeal and the Military Prosecutorial Office attached to it, on the other hand, share the same structure.

First off, all of the civil Courts of Appeal, as well as the Military Court of Appeal, have juridical personality bestowed upon them by law. In the case of the civil Courts of Appeal, the first paragraph of Article 35 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system states that the Courts of Appeal have juridical personality. This is also true in the case of the Military Court of Appeal, according to the first paragraph of Article 61 of the same Law.

Also, according to the third paragraph of Article 89 of the same Law, the Prosecutorial Offices attached to the Courts of Appeal have juridical personality. This is false in the case of the Prosecutorial Office attached to the Military Court of Appeal as it has the legal status of a military unit, according to the third paragraph

of Article 98 of the same Law. And a military unit does not have juridical personality bestowed upon it by law³⁰. The fact that the Prosecutorial Office attached to the Military Court of Appeal does not have juridical personality like the Prosecutorial Offices attached to the civil Courts of Appeal does not mean that they do not share the same structure. As we will from now on show, the Prosecutorial Office attached to the Military Court of Appeal can still be easily considered a Prosecutorial Office attached to a Court of Appeal, and its leading body can still promote a Review in the interest of the law according to Article 414² of the Code of Criminal Procedure.

Second off, according to Article 49 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system, each court of law in Romania has a leading body comprised of an odd number of judges. The leading bodies of the Courts of Appeal are made out of the President of the Court of Appeal³¹ and a number of six judges, elected for a term of three years by the general assembly of the judges. Article 61 of the same normative act, in its first paragraph, states that a President of the Court is in charge of the Military Court of Appeal, as was mentioned before, in the case of the civil Courts of Appeal. It also states that Article 49 applies to the Military Court of Appeal as well, thus maintaining the leading body structure in the case of the Military Court of Appeal, but with a twist. It changes its internal structure, as it is comprised of the President of the Court and only two judges.

The third paragraph of the same Article 49 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system we referred to earlier states that “the Decisions of the leading body of the court are issued with the vote of the majority of its members”. This is a very important regulation and its consequences transcend the issue we are currently discussing, whether the Military Court of Appeal is a Court of Appeal in the sense of its ability to promote a Review in the interest of the law. This legal statement establishes the fact that the leading body of a court of law can issue Decisions, in other words can take legal courses of action, with the vote of the majority of its members, i.e. *absolute majority*. So when we speak about the ability of the leading body of a Court of Appeal to promote a Review in the interest of the law, according to the legal competence handed to it by Articles 329 of the Code of Civil Procedure and 414² of the Code of Criminal Procedure, we must note that this ability can be legally exercised only by the issuing of a Decision in this sense, a Decision to promote a Review in the interest of the law.

Except for two differences that will be stated below, all of the discussions regarding Article 49 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system are also applicable, and the same conclusions can be drawn from them, in the case of the Prosecutorial Offices attached to the Courts of Appeal and the Military Court of Appeal, respectively. This is because Article 96 of the same normative act, establishing the existence and structure of the leading bodies of the Prosecutorial Offices, and making no distinction between Prosecutorial Offices and Military Prosecutorial Offices, states that the before mentioned provisions of Article 49 are also applicable in the case of the Prosecutorial Offices.

The first difference is that, according to Article 92 of the same normative act, a Prosecutor General is in charge of the Prosecutorial Offices attached to the Courts of Appeal, and not a President, as before. Because of the fact that the second paragraph of Article 99 of the same law states that a Military Prosecutor General is in charge of the Military Court of Appeal, we can safely say that all of the previous discussions and all of the drawn conclusions are still in effect, in the case of the Prosecutorial Offices attached to the Courts of Appeal and the Military Court of Appeal, respectively.

The second difference is that only Article 414² of the Code of Criminal Procedure offers the leading bodies of the before mentioned Prosecutorial Offices the competence to promote a Review in the interest of the law. Thus, in this case, a Review in the interest of the law could only be promoted in respect to criminal or criminal procedure laws.

To conclude, given the fact that this third and final structural point of view also supports our initial statement, we can safely state that, in our opinion, the leading bodies of the Military Court of Appeal and the Military Prosecutorial Office attached to it are able to promote Reviews in the interest of the law, as they are a Court of Appeal and a Prosecutorial Office attached to it, in the sense of Articles 329 of the Code of Civil Procedure and 414² of the Code of Criminal Procedure.

Finally, even though the laws regulates and refers to the Military and Civil Courts and Prosecutorial Offices attached to them separately, given the reasons previously shown over the course of the current analysis, we strongly believe that they are extremely similar, in their juridical nature and, thus, applicable juridical regime.

The first paragraph of Article 414² of the Code of Criminal Procedure also states that the entities that have the competence to promote a Review in the interest of the law in criminal matter “*are bound*, in order to ensure unity in the interpretation and application of the criminal and criminal procedure laws throughout the entire territory of Romania, to demand that the High Court of Cassation and of Justice hear and decide upon legal issues that have received different interpretations by the courts.” As we can see, the rest of the paragraph is in two ways different from the similar regulation found in Article 329 of the Code of Civil Procedure.

The first difference is that the entities, in the case of the Code of Criminal Procedure, “*are bound*” to promote a Review in the interest of the law whenever the need to ensure unity in the interpretation and application of the criminal and criminal procedure laws throughout the entire territory of Romania exists, because of legal issues that have received different interpretations by the courts, whereas in the case of the Code of Civil Procedure, they “*have the right*” to promote a Review in the interest of the law whenever the need to ensure unity in the interpretation and application of the law throughout the entire territory of Romania exists, because of legal issues that have received different interpretations by the courts. We explained why the need for such a difference in the regulation found in the Code of Criminal Procedure versus the Code of Civil Procedure exists when we analyzed the corresponding

regulation of the Carol II Code of Criminal Procedure. Another point that we would like to make in order to support our view that the regulation found in the Code of Criminal Procedure should, in this way, be different from the one found in the Code of Civil Procedure, is in regard to customary law. Our juridical literature supports the idea that, at least as far as civil law is concerned, the legal custom is a possible source of law, but mostly because the law empowers it to be a source of law³². According to the second paragraph of Article 970 of the Romanian Civil Code, contracts or legal agreements between parties are to be interpreted by the judge not only by means of their specific content, but also by means of the legal customs in effect in the territory it was perfected. In the field of criminal law, legal custom cannot create law, but merely be used to suppress the application or aid in the interpretation of the law³³. This is why, in the civil law, it is natural that different interpretations of the same legal issues exist throughout the territory of Romania because of differences of legal custom, while in criminal law such differences cannot be justified. This is why the Code of Civil Procedure allows the entities to decide whether they promote a Review in the interest of the law, whether such promotion is truly necessary and justified, while the Code of Criminal Procedure obliges the entities to promote the Review whenever dissenting interpretations of the same legal issue occur. This is also why the need for such a difference in the regulation found in the Code of Criminal Procedure versus the Code of Civil Procedure exists.

The second difference is that Article 329 of the Code of Civil Procedure speaks about the need to ensure unity in the interpretation and application of *the law* throughout the entire territory of Romania, while Article 414² of the Code of Criminal Procedure speaks about the need to ensure unity in the interpretation and application of the criminal and criminal procedure laws throughout the entire territory of Romania.

The regulation contained by the Code of Civil Procedure is the general law, or *lex generalis*, in this case. Because it speaks of *the law* in general, it applies not only in the case of civil and civil procedure laws, but in the case of each and every branch of law that contains regulations which are not incompatible with such a provision. Such branches of law include Commercial Law, Family Law or even branches of Public Law such as Administrative Law. In the case of Administrative Law, for example, a specific legal provision, the first paragraph of Article 28 of Law no. 554/2004 regarding contentious administrative matters³⁴, practically the general law regarding the procedure applicable to contentious administrative matters in Romania, states that the Law's provisions are to be completed by and applied side by side with the compatible provisions of the Code of Civil Procedure. Article 329 of the Code of Civil Procedure falls in this category of compatible provisions.

On the other hand, the regulation contained by the Code of Criminal Procedure is special law, or *lex specialis*, versus the previous one. This means that it is to be strictly applied in the case of criminal and criminal procedure laws, according also to the *specialia generalibus derogant* legal principle.

The consequences of this second difference are that, depending on the branch of law, only one of the two regulations of the legal concept of Review in the interest of the law will be applicable. And the regulation found in the Code of Civil Procedure is, as highlighted by the present section of our work, somewhat different than the one found in the Code of Criminal Procedure, so there will be a difference in the legal regime that is applicable to the legal concept of Review in the interest of the law, again, depending on the branch of law.

According to the second paragraph of Article 414² of the Code of Criminal Procedure, the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice have the competence to issue Decisions in the interest of the law, following the promoting of a Review in the interest of the law by the entities mentioned in the first paragraph of the same Article. The difference from the regulation found in the Code of Civil Procedure comes with the highlighted part of the following statement of the same second paragraph: “The Decisions are to be published in Part I of the Official Gazette of Romania, as well as the website of the High Court of Cassation and of Justice. The Ministry of Justice will also notify the courts of these Decisions.” Because we are in the field of criminal and criminal procedure laws, it is imperative that the law be strictly interpreted, and also receive a unitary interpretation and application throughout the entire territory of Romania, for reasons that were mentioned previous in our work. In order to ensure that the courts were aware of each and every Decision issued as a consequence of the promoting of a Review in the interest of the law in the field of criminal and criminal procedure laws, the degree of publicity that these Decisions receive was augmented versus that of the Decisions issued according to Article 329 of the Code of Civil Procedure. This was accomplished by the creation of the legal duty that the Decisions are to be also published online, via the website of the High Court of Cassation and of Justice. Also, the Ministry of Justice was given the task of notifying the courts of these Decisions.

Because of the fact that the content of the third paragraph of Article 414² of the Code of Criminal Procedure is identical to that of the third paragraph of Article 329 of the Code of Civil Procedure, unity in the regulation of the legal consequences of the issuing of a Decision in the interest of the law as a consequence of the promoting of a Review in the interest of the law according to any of the two Articles is achieved. These paragraphs state that “The Decisions are issued in the sole interest of the law, do not affect any of the examined court decisions, and neither do they affect the parties involved in those trials. The interpretation of the legal issues addressed is mandatory for the courts.” If we break down this statement, additional points that support, or, at least do not legally invalidate our belief that these Decisions are interpretative law, can be spotted.

First off, the Decisions are said to be issued in the sole interest of the law. And which is the main interest of the law in which solely they are issued? Well, that of being interpreted in a correct and unitary manner. And the only means, both constitutional as well as legal, in order to ensure this in respect to also compatibility with their applying by the courts, is that of the Decisions in the interest of the law

being considered interpretative laws. This is also the main reason of the choice of terminology regarding the institutions. The phrase “in the interest of the law” perfectly exhibits that it is in the interest of the law that its interpreting is done in a correct and unitary manner, in accordance to the will of the lawmaker. This can be best achieved by means of interpretative laws³⁵ and can be in fact achieved by means of the Decisions in the interest of the law issued following the promoting of a Review in the interest of the law, besides interpretative laws issued by the Romanian Parliament itself. Thus, we hold that this fact alone can be easily viewed as an argument supporting our view that the Decisions in the interest of the law are, in fact, interpretative laws.

Second off, the Decisions do not affect any of the examined court decisions, and neither do they affect the parties involved in those trials. If this aspect of the regulation of the institutions isn't supportive of our theory, we do not know what is. Thus, implicitly, the institutions reveal that their structure is not that of a decision issued in the legal exercise of an appeal, with its purpose being exactly that of being a procedural remedy, affecting the examined court decisions and the parties involved in those trials, but that of interpretative laws. Also, the prohibition of the retroactive applying of the law is clearly exhibited, and we state at this point that all of the relevant doctrinal and jurisprudential statements regarding the applying of law over time in general and that of interpretative law in particular³⁶, are fully applicable in the matter of the Decisions in the interest of the law issued by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice³⁷.

Finally, the interpretation of the legal issues addressed by the Decisions is mandatory for the courts. As the judges are subject to only the law, according to the third paragraph of Article 124 of the Constitution, if we were to consider that, contrary to our theory, the Decisions would be similar in nature and, thus, juridical regime, to court decisions, rather than interpretative laws, then issues of both unconstitutionality, in respect to the Constitution, as well as illegality, in respect to the principles set forth by the regulations in the matter of the organizing and functioning of the judicial system, would be incident in the matter. Thus, by means of our view, these latter problems would be overcome.

But as was previously stated, we will return to this topic and expand upon our view of these Decisions as actual interpretative law in Section C of our work.

C. A look at the dispute regarding the constitutionality of the final part of the previously analyzed third paragraph - “The interpretation of the legal issues addressed is mandatory for the courts.”. Is there a way to completely overcome this issue?

C. a. Preamble

This legal provision, instituting the fact that the interpretation of the legal issues addressed by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, by means of a Decision in the interest of the law, issued as a consequence of the

promoting of a Review in the interest of the law by the entities with the legal competence to do so, in both civil and criminal matter, is mandatory for the courts, has received some attention in our national juridical literature³⁸. This attention is mostly criticizing in nature. The Constitutional Court of Romania has confirmed on numerous occasions, by means of its generally binding Decisions, that this provision is in accordance with the text of the Constitution of Romania. The courts do not question the legal fact that the interpretation of the legal issues addressed by means of Decisions in the interest of the law is mandatory for them and act accordingly, in their judicial activity. But the need for a solid theoretical argument in favor of the constitutionality of the final part of the previously analyzed third paragraph, also able to solve some other issues and to fill some gaps of the legislation regarding the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law, continues to exist.

We believe that the best way to approach this complex issue and offer a well-argued, pertinent solution that would clarify the constitutionality of the provision, and also solve other problems related to the before mentioned legal concepts, is by means of a structured analysis of the juridical literature, as well as the generally binding Decisions of the Constitutional Court of Romania, concerning this very issue. Wherever necessary, we will make our slightly different standings or perspectives upon the issues addressed by the authors or the Constitutional Court known, or we might even resort to constructive criticism, so that in the end, we will be able to make a strongly backed up statement of our theory, according to which the Decisions issued by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice as a result of the promoting of a Review in the interest of the law by the entities with the legal competence to do so, are actually interpretative law.

But first of all, we wish to present our theory and the conclusion we believe can easily be drawn from it, that Decisions in the interest of the law are interpretative law, in order for the reader to understand what we intend to prove by the end of this current Section C of our work.

According to the third paragraph of Article 124 of the Constitution of Romania, "Judges shall be independent and subject only to the law.". Judges are, therefore, subject only to the law, no matter which public authority has the competence to issue it. This provision does not forbid the issuing of interpretative laws by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, moreover establishing that if the Decisions in the interest of the law are, in fact, interpretative laws, the judges shall be subject to them also.

Furthermore, the first two paragraphs of the same Article state that "Justice shall be rendered in the name of the law." and that "Justice shall be one, impartial, and equal for all.", respectively.

In the case of the first provision, we must observe that Justice is not to be rendered in the name of and according to other court decisions, be they decisions of Tribunals, Courts of Appeal or even issued by some instance of the High Court of

Cassation and of Justice, as courts with competence of control of lower courts. It shall only be rendered in the name of the law³⁹, whoever may issue it. Thus, the only way that constitutional compatibility regarding this provision can be achieved is by means of Decisions in the interest of the law being, in fact, interpretative laws.

In the case of the second provision, other criteria are set to be obeyed as such by Justice. It shall be one, impartial, and equal for all. Decisions are not supposed to be one for all, due to their inherent nature, that of referring to and affecting only the involved parties, at least mainly, or in principle⁴⁰. They are indeed impartial, but again, only regarding the involved parties, thus do not possess that certain *erga omnes* impartiality that is characteristic to laws only. And also, again, because of the variety in circumstances particular to each and every case heard before the courts, one cannot possibly, having also in mind the previously-mentioned remarks, state that the issuing of court decisions by obeying these strict requirements is enough in order to ensure unity in the interpreting and in the applying of the law, and by consequence, to ensure that Justice is rendered in the way it should be according to the sum of the applicable constitutional provisions in the matter.

Thus, in order for the High Court of Cassation and of Justice to fulfill its role⁴¹ as primary and only expressly constitutional “render of Justice”, as well as its dual role⁴² of main⁴³ provider of “a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, according to its competence”, the regulation of the institutions of Review in the interest of the law as well as Decision in the interest of the law, the latter being interpretative law, appears natural, and is moreover demanded by the interpretation of the before-mentioned constitutional *principia* provisions⁴⁴. Thus, even if we formally name them and consider them to be “Decisions”, in essence they are undoubtedly interpretative laws.

At this point, we are moving on to another provisional *trio*, that of the third paragraph of Article 124, and the second and third paragraphs of Article 126 of the Constitution.

First off, according to the third paragraph of Article 124, the only constitutionally-justifiable juridical nature of the Decisions in the interest of the law is that of laws, solely to which the judges are subject to, and, moreover, interpretative ones.

Second off, we must analyze the remaining couple of provisions, out of the previously-mentioned *trio*. According to the third paragraph of Article 126 of the Constitution, “The High Court of Cassation and Justice shall provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, according to its competence.”, and according to the second paragraph of the same Article, “The competence of the courts of law and the judging procedure are only stipulated by law?”. Also having in mind the series of before-mentioned arguments in support of our theory and the constitutional *ratio* of existence and prescribed juridical nature of the Decisions, we strongly believe that the phrase “according to its competence”, corroborated with the entire second paragraph of the Article represent not only the

constitutional means of doing so, but moreover a constitutional imperative that the Parliament should set the competence of the High Court of Cassation and of Justice in exactly such a way as for it to be able to uphold its own constitutional role of rendering Justice, in the manner that the Constitution prescribes that the process take place. As for the allowed means of doing so, in this case we can notice that, in fact, the Constitution implicitly allows the Parliament to issue an enabling law, as was expressly the case of the procedure regulating the issuing of ordinances by the Government⁴⁵, enabling the High Court of Cassation and of Justice to issue laws of interpretative nature, in whichever way it may choose fit as effective, in accordance to the applicable constitutional imperatives.

First of all, the laws can only be of interpretative nature because the role of the High Court is solely linked to the interpretation of the law and the rendering of Justice in the name of the law, and not that of creating new normative laws, thus rendering Justice not only in the name of the before-issued normative laws framework, but unconstitutionally rendering Justice in the name of the Constitution as sole limit. With the latter clearly not representative of the will and principles deriving from the Constitution (including that of “separation of powers”), and also being infringing of the Constitution-wise expressly-set normative lawmaker roles of the Parliament as main, and the Government as secondary, subsidiary.

Secondly, the “whichever way chose fit as effective, in accordance to the applicable constitutional imperatives”, and, actually dictated by them, was that of creating the institutions of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law, both generally, by means of introducing them within the framework set by Law no. 304/2004 regarding the judicial system, as well as separately, in civil matter by the enabling law creating or modifying Article 329 of the Code of Civil Procedure, while in criminal matter by the enabling law creating or modifying Article 414² of the Code of Criminal Procedure. And we must remind our critics that one is not to question the will of the lawmaker as long as it is expressed in strict accordance to the provisions of the Constitution and as a means of upholding constitutional provisions in the best possible way, which is clearly the case here. As for the fact that the competence of issuing interpretative laws is handed to the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, the most comprehensive and representative gathering possible, comprised of all the justices of the Court. Thus, by allowing the Joint Section to issue the Decisions, the Parliament allows the High Court itself to issue them, in what is the best procedural way of upholding the standards and requirements set forth by the Constitution, in the matter of the role and achieving of it of the High Court of cassation and of Justice.

If one were to criticize our theory up to this point by referring to the provision of the first paragraph of Article 61 of the Constitution, we must dismiss such behavior by reminding them of the Government's role of secondary, subsidiary legislator, deriving from the latter's ability of issuing ordinances and emergency

ordinances. We maintain the same in the event of criticism as to the infringement of the principle of “separation and balance of powers – legislative, executive and judicial – within the framework of constitutional democracy”, expressly upheld by the fourth paragraph of Article 1 of the Constitution.

Still, criticism may arise as to the fact that exceptions are to be strictly interpreted, and, thus, one may argue that the Constitution would have to contain an expressly-stated exception in order for the strict interpretation to be able to lead us to our conclusion. And as the Constitution does not expressly contain such a provision, our theory could not be regarded as valid, with the consequence of the High Court of Cassation and of Justice apparently being unable to issue interpretative laws.

But, as we showed earlier, one could not possibly state contrary to the fact that the Constitution holds the Parliament competent to hand the ability of issuing interpretative laws to the High Court of Cassation and of Justice, in fulfilling its ability/requirement set by the third paragraph of Article 126 of the Constitution⁴⁶, by means of issuing an enabling law, as was the case according to the first three paragraphs of Article 115 in respect to the Government and the latter's ability of issuing ordinances.

Because of the fact that this whole discussion is textually-placed following the provisions of the first three paragraphs of Article 115, it may appear that another exception from the rule of the Parliament being sole lawmaker, or an exception from the only apparent expressly-stated exception from the before-mentioned rule, is born. In this case, we must add that it is not an implicit exception though. And this because if it were the case of an implicit exception, the Constitution would directly allow, by the process of us interpreting its provisions, that the High Court of Cassation and of Justice issue interpretative laws. In our case though, the Constitution only allows the issuing of an enabling law in the matter by the Parliament, enabling the High Court to issue the interpretative law Decisions. The enabling laws are, in this case, Article 329 of the Code of Civil Procedure and Article 414² of the Code of Criminal Procedure. Thus, because of all the before-mentioned arguments, we believe that the juridical situation is not to be considered as an unacceptable implicit exception, but that of an expressly-stated provision allowing for interpretation, which is totally different, and acceptable. As such, our theory stands. In addition, one cannot but acknowledge the fact that be they “of strict interpretation”, exceptions are still “of interpretation” nevertheless. And the interpretation, even strictly conducted, is not to be restricted by literal-meaning textual boundaries, but moreover such a restriction would be against the very reason for which the process of the interpreting of juridical norms is allowed in the first place, with no regard as to whether the norms are of constitutional, legal, or administrative nature. Thus, by means of a strict interpretation, we maintain our conclusion, that the High Court of Cassation and of Justice acts as lawmaker whenever issuing interpretative laws in the form of Decisions in the interest of the law.

A final statement we would like to make at this point is that by enabling the Joint Sections to issue interpretative laws, the Parliament does not limit its own ability which is preserved, which is that of itself issuing interpretative laws. Thus, the transfer of competence is a mere creating of a competence duality, a competence doubling if you will, in the matter of issuing of interpretative laws.

At last, we would like to conclude this current subsection of our study by reiterating our firm belief that our theory is pertinent and has a strong theoretical basis that allows for the explaining of the compatibility of the functioning mechanism of the institutions of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law with the before-mentioned constitutional principles in respect to the correct upholding of which controversy still lurks in the matter. Thus, we hold that the regulation of the institutions, both in civil and in criminal matter, is undoubtedly constitutional, also in the sense of Decisions in the interest of the law actually being interpretative laws.

C. b. Systematic walkthrough of all the relevant constitutional provisions pertaining to the issue at hand

The controversy over whether the final part of the previously analyzed third paragraph is constitutional or not exists because of alleged incompatibility with several provisions of the Constitution of Romania. As we present these provisions, we will systematically show that the fact that the Decisions in the interest of the law are interpretative law is fully compatible with them.

The fourth paragraph of the first Article of the Constitution of Romania, stating that “The State shall be organized based on the principle of the separation and balance of powers - legislative, executive, and judicial - within the framework of constitutional democracy.”, is taught to forbid the issuing of laws, be they only interpretative in nature, by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, the highest court of law of the judiciary, because otherwise the principle of the separation and balance of powers would be violated. The first paragraph of Article 115 of the Constitution of Romania states that “Parliament may pass a special law enabling the Government to issue ordinances in fields outside the scope of organic laws.”, and the fourth and fifth paragraphs of the same Article allow the Government, in the absence of a law passed by Parliament enabling it to do so, to even adopt emergency ordinances in fields inside the scope of organic laws, that come into force after they have been submitted for debate in an emergency procedure to the Chamber having the competence to be notified, and after they have been published in the Official Gazette of Romania. These provisions allow the Government, public authority pertaining to the executive power, to issue ordinances with the force of law. In other words, to act as a holder of legislative power. Practically, to issue laws, because, even though formally they are called ordinances and are issued by a public authority pertaining to the executive power essentially, from a material standpoint they have the force of

law, they are laws. But this interference between the executive and legislative powers does not violate the principle of the separation of powers because it happens „within the framework of constitutional democracy”, it is permitted by the Constitution of Romania. Furthermore, it actually helps the balance of powers within the state. Thus, because the existence of such a provision does not violate the principle of the separation and balance of powers, we believe the same to be true in the case of the ability of the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice to issue interpretative laws, formally Decisions in the interest of the law. Because of the fact that, as we will further demonstrate, this also happens „within the framework of constitutional democracy”, the Constitution of Romania allowing the issuing of interpretative laws by a court of law, pertaining to the judicial power of state essentially, in an indirect manner. This furthermore helps the balance of powers within the state also. We can therefore conclude that to consider that the Decisions in the interest of the law are interpretative laws is in accordance with the presently discussed provision of the Constitution of Romania.

Next, we will refer to the first paragraph of Article 16 of the Constitution of Romania, having been used on numerous occasions as a means of justifying the constitutionality of the legal provision according to which the interpretation of the legal issues addressed by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, by means of a Decision in the interest of the law, issued as a consequence of the promoting of a Review in the interest of the law by the entities with the legal competence to do so, in both civil and criminal matter, is mandatory for the courts. This usage has been criticized by our juridical literature⁴⁷, as it was stated that the upholding of the principle of equality, without any privilege or discrimination, of all the citizens before the law, expressly declared by the first paragraph of Article 16 of the Constitution of Romania cannot be founded on the infringement of the principle of the independence of the judges and their being subject only to the law, stated by the third paragraph of Article 124 of the Constitution of Romania. If we admit that the Decisions in the interest of the law are interpretative law, because of the previously stated reasoning, than the second principle is no longer infringed, moreover, the first one is stronger enforced, because of the fact that one interpretation of the legal issues addressed by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, by means of a Decision in the interest of the law, results in equality of all citizens before the one interpretation the law has received, by means of an imperative interpretative law, in the end the equality of all citizens before the law being achieved.

The same author also states that by declaring that the provision of the third paragraph of Article 329 of the Code of Civil Procedure and, implicitly, that of the third paragraph of Article 414² of the Code of Criminal Procedure⁴⁸, are constitutional, thus the fact that the interpretation of the legal issues addressed by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, by means of a Decision in the interest of the law, issued as a consequence of the promoting of a Review in the interest of the law

by the entities with the legal competence to do so, in both civil and criminal matter, is mandatory for the courts is in accordance with the text of the Constitution of Romania, and, because in this way, the equality of all citizens before the law and public authorities, without any privilege or discrimination, would be ensured, the Constitutional Court has sacrificed the principle of the independence of the judges and their being subject only to the law. As we showed before, this need not be the case if we admit that the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, by means of a Decision in the interest of the law, actually issue interpretative law. But we will thoroughly analyze the Decisions of the Constitutional Court regarding this issue at a later time, after we finish with the current presentation of constitutional provisions.

Another statement of the same author is that the only way to correct the errors in the interpretation and application of the law by the courts of law and ensure that the law is interpreted and applied in a unitary manner, without any privilege or discrimination, is via the power of control over the decisions of lower courts that the courts situated higher in the hierarchy of the judiciary possess. This is because the interpretation of the legal issues addressed by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, by means of a Decision in the interest of the law, do not affect any of the examined court decisions, and neither do they affect the parties involved in those trials, but are only a means of making sure that the future interpretation and application of the law by the courts is done in a unitary manner. Thus the Decisions in the interest of the law play but a secondary part in ensuring the equality of all citizens before the law by means of the existence of unity in the interpretation and application of the law, as they can only guide the following practice of the courts in regard to a legal issue. We only partially agree. It is true that only by means of the control over the decisions of lower courts exercised by the courts situated higher in the hierarchy of the judiciary, can unity in the interpretation and application of the law be achieved in regard to any of the examined court decisions or parties involved in those trials. But the Decisions in the interest of the law, being interpretative law, aren't even supposed to apply to these preexisting situations, because of the existence of the constitutional principle according to which the law shall only act for the future, expressly stated by the second paragraph of Article 15 of the Constitution of Romania⁴⁹. So, in the case of the examined court decisions, the only solution is indeed control over them exercised by courts higher in the hierarchy of the judiciary, and for the future unity in the interpretation and application of the law will surely be achieved because of the existence of a Decision in the interest of the law, of an interpretative law. Thus, we do not agree with the author's opinion, according to which these Decisions in the interest of the law play but a secondary part, are mere guidance solutions, relative to the task of ensuring unity in the interpretation and application of the law throughout the entire territory of Romania. In addition, we must acknowledge that from a quantitative standpoint, in order to ensure that unity is achieved, it is far more important that the potentially unlimited mass of future

court decisions are all issued based on the same interpretation of the law, than the finite dissenting opinions that led to the issuing of the Decision in the interest of the law in the first place.

This issue takes us on to a very interesting discussion. The second paragraph of Article 15 of the Constitution of Romania actually states that “The law shall only act for the future, except for the more favorable criminal or administrative law.”. Because the Decisions in the interest of the law are interpretative laws, they have to obey this constitutional principle. The third paragraph of both Article 329 of the Code of Civil Procedure and Article 414² of the Code of Criminal Procedure (laws by means of which the Parliament created the ability, the competence for the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice to issue interpretative laws, formally Decisions in the interest of the law) states that the Decisions in the interest of the law do not affect any of the examined court decisions, and neither do they affect the parties involved in those trials. The second paragraph of both Articles states that the Decisions in the interest of the law are to be published in Part I of the Official Gazette of Romania. We believe that these interpretative laws become applicable according to the provision of Article 78 of the Constitution of Romania, according to which “The law shall ... come into force 3 days after its publication date, or on a subsequent date stipulated in its text.”, as they are laws, after all. In respect to this constitutional imperative, set in order to ensure that the principle of predictability of the law is upheld, we deem the before-mentioned legal provisions unconstitutional.

In another statement, the author recognizes that the national law system's source of law is unique and is in fact the law. Also, he states the fact that the interpretation of law can only be validly done by means of interpretative law. Without any reference made to any legal text that would allow for a valid foundation for the further statement of a solid, well documented conclusion, but merely by means of a footnote reference⁵⁰, he almost dictates that the courts, be they at the lower or top end of the judicial system hierarchy, “have neither the role or the competence to create law, but only that to apply law in given particular judicial cases”. He concludes that the *principia* solutions of the supreme court cannot have an obligatory, generally-binding law-like characteristic⁵¹. We disagree with these affirmations, because as we have partially already showed, and will completely hereafter demonstrate, the reality is that the Decisions in the interest of the law are actually interpretative laws, therefore rendering the before-mentioned conclusions rather redundant (the first statement of the author) and obsolete (the second one).

Our thesis, that the Decisions in the interest of the law are actually interpretative laws, might be challenged by some, by referring to the first paragraph of Article 61 of the Constitution of Romania, which states that “The Parliament is the supreme representative body of the Romanian people and the sole legislative authority of the country.”.

A first glimpse would probably lead one to the superficial belief that the Parliament is indeed, as the text suggests, the one and only (“the sole”) legislative authority of Romania. When in fact this is false, as the Government also act as and is in fact legislator, whenever it issues ordinances or emergency ordinances. This fact derives from the process of interpretation of Article 115 of the Constitution of Romania.

Another argument that would justify the use of the concept of “sole legislative authority of the country”, when, in fact, it isn't, by the before-mentioned first paragraph of Article 61 of the Constitution is that, within laws of any nature (including constitutional ones), the technique of drafting implies creating rules, principles, which can afterwards be amended by means of exceptions from the rules and principles set before. Thus, we believe that the first paragraph of Article 61 actually states a principle, a general rule, and is not to be interpreted as limiting or strictly forbidding any exceptions from it. Therefore, the articles that follow could create exceptions, a relevant example of this being Article 115. One final remark regarding Article 115 – it does not create the exception from the before-mentioned rule explicitly, in an express textual manner, but by means of a textual framework that, subject to a thorough analysis, subject to an interpretation, leads to the conclusion of the existence of the exception.

We will show, a little further in the development of our paper, that also by means of interpretation of several articles within the first section (“Courts of law”) of Chapter VI of the Constitution, entitled “Judicial authority” (these interpretations are strict, because exceptions are of strict interpretation, but still interpretation nonetheless, and the process of interpretation is also used “around” the actual strict interpretation of exceptions, in order to achieve the actual concluding that there is an exception to be strictly interpreted in the first place), we can reach the conclusion that the High Court of Cassation and of Justice acting as and actually being a legislator of interpretative laws whenever issuing Decisions in the interest of the law can represent a valid, and completely well sustained and possible from a juridical analysis point of view hypothesis. Also, the relevant (to our current explanation) articles of the first section of Chapter VI of the Constitution, numbered 124 to 126, are, as was Article 115, positioned after the first paragraph of Article 61, thus being able to create an exception from the rule that the latter set forth. Thus, we believe it is safe to say that the High Court of Cassation and of Justice also represents an exception from the before-mentioned principle, whenever issuing Decisions in the interest of the law.

In order to conclude the analysis at hand concerning the topic of this paper, that of the first paragraph of Article 61, it is safe to say that in fact this constitutional norm does not create an insurmountable obstacle in front of the advance of our theory. Moreover, it actually aides us in further demonstrating our point of view that Decisions in the interest of the law represent interpretative laws.

Next, we have to refer to the content of Article 67 of the Constitution, entitled “Acts of Parliament ...”, which states that “the Chamber of Deputies and the Senate shall pass laws ...”. The existence of this constitutional norm does not command that only the Parliament is able to pass laws, and that the High Court of Cassation and of Justice cannot, with the possibility of the latter being an exception from the

rule of Parliament – sole emitter of laws. Even if it would set a formal boundary, in the sense that only the Parliament is to be able to issue laws, called laws, so laws both in a material and formal sense, the Government and High Court of Cassation and of Justice are clearly not bound in such a way, as their ordinances, emergency ordinances and Decisions in the interest of the law, respectively, are and we will further demonstrate that indeed are laws from a material standpoint, even though from a formal standpoint, they are not endowed with the title of laws.

The next article we believe is extremely relevant towards proving our point is Article 73 of the Constitution, on the “Classes of laws”. This constitutional text also opens up an interesting discussion if we admit that the Decisions in the interest of the law are actually interpretative laws, that of the class of laws to which they then adhere to. In other words, then, are they ordinary, organic, or constitutional in nature?

First off, the first paragraph of this Article states that “Parliament passes constitutional, organic, and ordinary laws.”. As stated before, in the paragraph regarding Article 67 of the Constitution, this does not automatically imply that laws, and in the context of our current analysis, interpretative laws, cannot be passed by other bodies, such as the Government or the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice. And also, again, even if one would argue that formally, laws can only be a result of the will of Parliament, as the Government and Joint Sections issue other types of legal norms, in a material, fundamental sense, of the power of these norms, they remain laws in essence, undoubtedly.

Secondly, an analysis of the nature and juridical force of the interpretative laws that are the Decisions in the interest of the law is extremely important, vital actually, because it raises so many practical issues, that we will further address.

Are they constitutional in nature? Definitely no. This is because there are only three types of constitutional norms, two of them primary, and one secondary.

The two primary ones are first and foremost, the ones that make up the Constitution itself, and, second, according to the second paragraph of Article 73, the constitutional laws⁵², being the ones pertaining to the revision of the Constitution.

The secondary source of constitutional norms, norms of both secondary nature, as well as secondary power, as they are merely interpretative norms, and not actual normative ones, is represented by the Decisions of the Constitutional Court. And according to both the first paragraph of Article 142 of the Constitution, restated by the first paragraph of Article 1 of the Law no. 47/1992 regarding the organizing and functioning of the Constitutional Court⁵³, as well as to the second paragraph of the before-mentioned Article 1, “The Constitutional Court is the sole authority of constitutional jurisdiction in Romania.”. Thus, the High Court of Cassation and of Justice could not possibly interfere in the matter of interpreting constitutional provisions, which is of the sole competence of the judges of the Constitutional Court, and not one that could be shared with the justices of the High Court of Cassation and of Justice, gathered in Joint Sections.

Because of all the before-stated facts, we believe that Decisions in the interest of the law could not, under any circumstances, be endowed with constitutional nature.

We believe that apart from this limitation, the Decisions, as interpretative laws, may be of both organic, as well as ordinary nature. And this difference in nature will undoubtedly derive from the nature of the laws being interpreted by the Decisions, according to the “*accessorium sequitur principale*” legal principle. Such a variable nature is permitted also because of the fact that out of the *trio* of enabling laws which allow for the issuing of the Decisions in the interest of the law, Law no. 304/2004 regarding the judicial system possesses organic nature. Thus, in the end, an organic law of enabling allows for the issuing of organic interpretative laws by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice, in the event that the law undergoing interpretation by means of the promoting of a Review in the interest of the law would be one of organic nature.

As a final statement regarding the provisions of Article 76 of the Constitution, we must highlight that the quorums set by this Article are only applicable in the case of laws issued by the Parliament. In the case of those issued by the Joint Sections, the two separate quorums, that of attendance and that of vote, are to be fulfilled in accordance to the provisions of organic Law no. 304/2004 regarding the judicial system, in order for the issuing to take place in a legal manner.

A whole new set of issues arise in the matter at a mere glance towards the provisions that make up Article 77 of the Constitution, entitled “Promulgation of the law”. This text is only partially applicable in the case of the Decisions in the interest of the law, as we will see further on.

This text applies to the Decisions as it is a general rule of constitutional law in the matter of the valid genesis of laws. The fact that Government ordinances are exempt from its application derives from the spirit of the first three paragraphs of Article 115 of the Constitution, by which it still applies though to the Parliament's special laws of enabling or to the Parliament's approvals deemed necessary by the special laws of enabling. Government emergency ordinances are also exempt from the procedure of promulgation, as their exceptional procedure of coming into force is the one that the last two paragraphs of Article 115 dictate. As in the case of the Decisions in the interest of the law no exception can be spotted, nor from any of the provisions of the Constitution literally, nor from their interpretation, we must conclude that the general rule of constitutional law applies to them, with a particularity though.

According to the first paragraph of the constitutional norm, “A law shall be submitted for promulgation to the President of Romania. Promulgation shall be given within twenty days after receipt of the law.”. Decisions in the interest of the law, being interpretative laws, have to obey the constitutional norms that set up the procedure of law issuing and enforcement. Thus, we believe that the Decisions in the interest of the law must also be submitted for promulgation to the President of Romania, and that their promulgation must also be given within the twenty day period following the receipt of the Decision.

The second paragraph of Article 77 is a text that only applies to laws issued by the Parliament. It states that “Before promulgation, the President of Romania may

return the law to Parliament for reconsideration, and he may do so only once.”. We believe that it should be interpreted, having in mind the coordinates of the spirit of the constitutional norm, as well as the general law principle of symmetry, in a sense that it only applies to laws issued by the Parliament, as the President may return the law to the issuer, explicitly stated “to Parliament” in this case, and not also to the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice. Thus, because it creates an exception by only mentioning the possibility of a hypothetical return to the Parliament, we state that this is the particularity of the regulation in the case of the Decisions in the interest of the law that we mentioned earlier.

The third and final paragraph of this Article 77 also makes for an interesting analysis. It states that “In case the President has requested that the law be reconsidered or a review has been asked for as to its conformity with the Constitution, promulgation shall be made within ten days from receiving the law passed after its reconsideration, or the decision of the Constitutional Court confirming its constitutionality.”. As the Decisions in the interest of the law are actually interpretative laws, and no exception to the application of this particular norm in their case can be derived from the interpretation of any constitutional provision, this particular provision allows for a few remarks.

The first, regarding the President’s ability to request that the law be reconsidered. As we demonstrated earlier, the provision of the second paragraph already created an exception, in that the President is unable to request that the interpretative law be reconsidered by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice. Thus, even though in this case the constitutional norm might seem more permissive, in the sense that it seems to refer to the President being able to request that laws in general, be they issued by the Parliament or the Joint Sections, be reconsidered, actually it is subject to the limitation set forth before, by the previous second paragraph. Thus, the object of the first remark is actually only applicable in the case of laws issued by the Parliament, as we maintain our view that the President does not hold the power to return the interpretative law to the Joint Sections for reconsideration.

The second remark we would like to make is in respect to the control of Constitutionality that it allows for. We firmly state that it is one of the most important consequences of the fact that Decisions in the interest of the law are interpretative laws, in that they must be in line with, they must fully be in accordance with the provisions of the Constitution. The possibility of the control of Constitutionality over the interpretative laws issued by the Joint Sections is as much needed as it obviously exists. This easily derives from the fact that, according to the first paragraph of Article 142 of the Constitution, “The Constitutional Court is the guarantor of the supremacy of the Constitution.”⁵⁴. Thus, the authority of the Constitutional Court, in order for it to be able to actually, effectively and fully stand up to the challenge of its constitutional role, must be and indeed is allowed to also censor the unconstitutional

Decisions in the interest of the law, the unconstitutionality which derives from the way that the Joint Sections interpret the law. The Joint Sections cannot act as an implicit Constitutional Court when issuing their Decisions, and a statement of a Papal-type of infallibility regarding the constitutionality of the Decisions they issue would be simply hilarious. Thus, our thesis that the Decisions in the interest of the law are actually interpretative laws would restore a lack of balance as to the achieving the constitutional desiderate of prime importance of maintaining the supremacy of the Constitution above all other internal regulations, in the sense that it fills a void in the constitutional mechanism that was created as a way of the before-mentioned ideal desiderate becoming practice, becoming factual, tangible reality. One might also state that by the constitutional establishment of this particular hierarchical control, a certain sense of subordination exists between the Constitutional Court and the High Court of Cassation and of Justice, which, although of a different nature, completes the hierarchy of the national courts that make up the judicial system. Thus, we hold that the provisions of letters a) and d) of Article 146 of the Constitution are fully applicable in the case of the Decisions in the interest of the law as well. At this point, we will also highlight that the provisions of the first and fourth paragraphs of Article 147 of the Constitution are also fully applicable in this case as well, but under reserve of compatibility. Thus, the particularity of these latter constitutional provisions in the case of the Decisions in the interest of the law is that they do not allow that the Joint Sections bring the unconstitutional interpreting of the law in line with the provisions of the Constitution. So, the unconstitutional Decisions in the interest of the law “shall cease their legal effects within 45 days of the publication of the decision of the Constitutional Court”, while “For this limited length of time the provisions found to be unconstitutional shall be suspended *de jure*.” In the end, both a *de jure*, as well as a *de facto* immediate ceasing of the legal effects of the Decisions in the interest of the law deemed unconstitutional will take place.

As a final remark, we must state that the provisions of this third paragraph of Article 77, apart from the previous remarks bestowing a nuance upon them, remain fully applicable in the case of the Decisions in the interest of the law.

Another very important provision regarding the Decisions in the interest of the law is that of Article 78 of the Constitution, entitled “The coming into force of the law”. According to this constitutional norm, “The law shall be published in the Official Gazette of Romania and comes into force three days after its publication date, or on a subsequent date stipulated in its text.” As the Decisions in the interest of the law do not currently allow for the upholding of the constitutional principles of the security of persons and of the previsibility of laws, we maintain our also before-mentioned conclusion that in respect to this constitutional provision, the legal norms regulating the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law are unconstitutional. We believe that, *de lege ferenda*, the

Decisions should only come into force, according to their legal regulations as well, by respecting the constitutional imperative of Article 78.

C. c. Systematic walkthrough (or, better yet, criticism) of major doctrinarian studies, relevant to the context of our current analysis

As a short conclusion of our thorough research work upon which this study is partly based, we feel that it is safe to state that we have not found one single acknowledgement of the fact that the Decisions in the interest of the law are, actually, interpretative laws.

The Decisions are currently recognized as endowed with a “mandatory for the courts” nature, by the Codes of Civil and Criminal Procedure, as well as the bulk of our national jurisprudence. Some of the studies concerning the issue at hand are in favor of such recognition, based on unconvincing arguments that the Decisions are a hybrid concept: in part court decision, and in part an uncommon, an atypical source of law. Others mainly criticize the mandatory nature of the Decisions, mostly because of the belief of their authors that such a nature is not compatible with the Romanian constitutional framework.

Because of the vastness of the material that we would like to expose the flaws of, and, thus, that of the systematic criticism, we do not wish to burden the reader by including the walkthrough in this current section of our study. We feel that such a comprehensive analysis should develop, if at all, into a distinct study.

C. d. Analysis of the relevant jurisprudence that the Constitutional Court has established pertaining to the topic at hand

In this part of our present endeavor, we will, in a chronological manner, highlight all the relevant principles and issues that the Constitutional Court addressed in its issuing of Decisions over the course of more than twelve years, and, obviously, that are of interest to our current study.

The final remark that we believe must be made in this preamble to the object of the current section of our work is that the Constitutional Court has rejected all of the unconstitutionality objections regarding the legal provisions regulating the institutions of the Review in the interest of the law and the Decisions in the interest of the law. We also support their constitutionality, but with a twist, if you will. Our line of argument, our argumentation in this case, should be quite intriguing to the reader, especially given the fact that it is subordinated to our unique view that the Decisions in the interest of the law are, in fact, interpretative laws.

Constitutional Court Decision no. 58 of the 26th of March 1997⁵⁵ is the first that raises some interesting issues in respect to the topic at hand. Even though only tangentially applicable in the case of the Decisions in the interest of the law, still it exhibits some *principia* statements that greatly interest us.

As we stated before, it does not regard Decisions in the interest of the law *per se*. It was raised in respect to the fact that “the independence and subjection of the judges solely to the law refers both to the judicial authority in general, as well as to each and every individual judge that is part of the panel”. Also, it was argued that the Joint Sections of the Supreme Court of Justice have sparked a mass phenomenon of change in the decisions that the lower courts were to issue from then on. And this because even though some of the panels of judges might have had a different opinion regarding the issue brought to judgment before them, it was obligatory for them to follow the opinion chosen as “the right one” by the Joint Sections.

The Government's opinion regarding the issue object of the Constitutional Court's Decision was that the latter should dismiss the objection, because of the fact that, according to the Constitution, “justice is upheld by the Supreme Court of Justice and the other courts of law, established by law, and the competence and procedure of judgment are established by law”. Also, it argued that the law sets the competence of the Supreme Court of Justice, in the form of the Joint Sections, in rendering judgment to the requests concerning the change of jurisprudence, and also that in this way, the law creates the premise for the correct applying of the law, upholding of justice, as well as achieving unity in the practice of the courts.

The Supreme Court of Justice advocated that the regulation was necessary in that “often in the practice of applying the laws, irreconcilable opinions and even decisions are issued, thus the need for ensuring jurisprudential unity arises. This unity is to be achieved through the will of the judges, within the boundaries set forth by the law. This does not constitute an infringement in the activity of the judges, which issue their decisions based on their intimate conviction, but are bound constitutionally to correctly apply the law”. We choose to use this statement of the Supreme Court of Justice to further build our case in that Decisions in the interest of the law are interpretative laws.

The reasoning of the Constitutional Court further on allows for our commentary upon it. In a first *principia* statement, it holds that if the Decisions of the Joint Sections were generally binding for all the courts to follow, they would undoubtedly represent a veritable source of law and this would in turn mean that, beyond what the Constitution allows, the judgment would be subject not only to the law, but also to the Decision of the Joint Sections. We mostly agree with this statement in the line of reasoning. The only problem is that it has to be viewed with a nuance, having in mind the current applicable normative framework. Currently, the Decisions are generally binding for all the courts to follow, thus, they undoubtedly represent a veritable source of law, and, as the Constitution allows, because they are interpretative laws, the judgment, even though formally also subject to the “official interpretation” of the Decisions of the Joint Sections, is still only subject to the law. By the process of interpretation, applied to the statement of the Constitutional Court, we must also conclude, also in our favor, that no other way of justifying the generally binding for

the lower courts nature of the Decisions in the interest of the law, or no other way so that full constitutional compatibility is achieved, anyway, but that of the Decisions representing sources of law in the form of interpretative laws.

Also supportive of our theoretical construction, the Constitutional Court further states that the provisions of the first paragraph of Article 125 of the Constitution at that time, holding that “justice is done by the Supreme Court of Justice and the other courts of law established by law”, similar to its current revised counterpart, as well as the rest of the article, holding that both the competence, as well as the procedure of judgment are established by law, are constitutional, in that they correspond to the need for ensuring unity of jurisprudence, allowing the Supreme Court of Justice to effectively follow that the law is applied in a correct and unitary manner. The Constitutional Court also states that this obligation of the Supreme Court of Justice does not infringe the text of the Constitution in any way, but moreover allows for ensuring, through unity in the practice of the courts of law, that constitutional equality of the citizens before the law and before justice exists.

In a final relevant statement, the Court holds that “unifying the jurisprudence is the sole work of the will of the judges that decide upon the correct applying of the law together, and that adopting the Decisions by the majority of votes of the judges of the Joint Sections is absolutely normal, having in mind that we are talking about the change of jurisprudence established in the same manner”. It is important to note that this statement partially solves, as well as partially enhances a dilemma over one of the most important practical consequences of our theory, that of the succession of Decisions in the interest of the law actually being a succession of interpretative laws. The Constitutional Court establishes the principle of symmetry in the matter, both as to the coming into force and losing force, as well as to the majorities required. It partially enhances one of the most important dilemmas in that it uses the term “majority”, which is a relative term, and, depending on the type of interpretative law, be it organic or ordinary law, different majorities are required. But the statement of the Court is extremely helpful in proving our case nonetheless.

The Court then finally concludes that the judges always base their decisions on their intimate conviction, but are also constitutionally bound to follow the law. Thus, while being required to follow the law, they still base their decisions on their intimate conviction. Thus, if we were to agree that the Decisions in the interest of the law are interpretative laws, the judges would follow the law ultimately, and, by also basing their decisions on their intimate conviction, neither the text nor the spirit of the Constitution would be infringed. Thus, the Constitutional Court ultimately supports our view that by following the “official legal interpretation” of the Decisions in the interest of the law, the judges ultimately follow the law, which is a constitutional obligation they are subject to, and which does not impair them to still be true to their intimate conviction in issuing their decisions. Thus, this conclusion works in favor of our theory as well.

A second relevant Constitutional Court Decision⁵⁶ provides that the principle of the judge being subject only to the law, according to the third paragraph of Article 124 of the Constitution in its current revised form, “does not and cannot be understood as allowing for a different or even contradictory practice in the applying of the same legal provision, based on the subjectivism that different judges exhibit when they interpret the law. A view favorable of this could only lead to the establishing, founded on the independence of judges itself, of a practice that could in turn represent an infringement of the law, which is inadmissible, because of the fact that, as there is one law, so should be only one applying of it, thus, the intimate conviction of the judge could not possibly justify such a consequence”. The Constitutional Court thus once again is in support of the idea of the need to ensure unity in the applying of the law, reiterates the principle of the judge being subject only to the law. By means of interpretation, we must conclude that the Constitutional Court is in favor of Decisions in the interest of the law being considered interpretative laws. We believe that this conclusion is in fact “the missing piece of the puzzle” that is the reasoning of the Constitutional Court. Moreover, the Court further states that the constitutional norm was not drafted in the way that it expressly allows for the judge to also be subject to an inner intimate conviction because that could have created an important premise that could in turn lead to the abusive applying of the law. The Court further shows that “only a unitary judicial practice reflects the requirements set forth by the constitutional principle of the judge being solely subject to the law”. Because the Decisions of the Joint Sections are a form of intimate conviction potentially of the entire staff of the High Court of Cassation and of Justice⁵⁷, because the Court considers that the principle of the judge being solely subject to the law and not for a moment to his intimate conviction, and, in respect to this, we should add that no exception should be made from this principle, in the sense that being subject to the intimate conviction of the highest-ranking judges would be acceptable, and finally because of the fact that in theory, the intimate conviction to which the Joint Sections would, if we would consider the Decisions mere court rulings, base their interpretation of the law that would then be obligatory for the lower courts could also lead to abuse in the applying of the law, we strongly believe that the only way to overcome this issue of subjectivism, and also uphold the principles set forth by the Constitution and by the Constitutional Court, is to consider that the Decisions in the interest of the law are in fact interpretative laws. This would even allow for a certain degree of subjectivism, as the process of issuing laws is not bound by the limitations that exist in the matter of the issuing of court decisions by judges.

In the concluding part of the Decision, the Court once again holds that the need for ensuring that the law is interpreted and applied unitarily and that the stability of the jurisprudence is achieved dictates that in the end, the Constitution itself craves for institutions such as the Review in the interest of the law or the Decisions in the interest of the law. Thus, we believe that the only way in order to

achieve full constitutional compatibility, allowed for by the principles set forth by both the Constitution, as well as the Constitutional Court, is to agree upon the fact that the Decisions in the interest of the law are in fact interpretative laws.

The Decision⁵⁸ we are about to begin analyzing addresses some fundamental constitutionality issues in the matter that is of interest to this current study. We believe that its spirit is definitely supportive of our theory.

We must briefly highlight some of the legal opinions that were presented to the Court, in order for it to have them in mind when issuing its Decision.

The author of the unconstitutionality objection first states that the Review in the interest of the law is representative of the concept of *form without content*. This is because an interest of the law cannot be justified in any way in this case, because only persons may have interests. We cannot agree, because the law also has at least one interest, that is actually primary to any other interest one might argue the law possesses. This interest is that of its correct understanding and, in turn, its correct applying. And as we build our theory that the Decisions in the interest of the law are actually interpretative laws, we believe that an important consequence of this theory is that in fact it offers content to this concept, thus the exact opposite of what the author argues in this case is finally obtained. This is because the best and only way of this interest of the law to gain resolve is by way of interpretation by law, ensuring unity of interpretation in the highest degree.

Another remark of the author that we consider relevant to comment upon is that by invoking the previously analyzed Constitutional Court Decision no. 58 of the 26th of March 1997, he concludes falsely that the Court has stated that the Decisions of the Joint Sections of the Supreme Court of Justice do not constitute a source of law. Our belief, rooted in the reasoning upon this topic that we exhibited previously in the course of the analysis, is in quite the way of the Constitutional Court having stated the exact opposite, that the Decisions must be sources of law in order for their generally binding towards the lower courts nature to be constitutional. Also, because in the current context, the Decisions are undoubtedly generally binding for the lower courts, this lack of doubt deriving from the very legal norms that regulate the institution, this remark does not maintain its relevance.

A final relevant remark of the author is that apparently the final paragraph of Article 329 of the Code of Civil Procedure is unconstitutional, in that it imposes a transfer of legislative competence, in the form of the ability to issue interpretative laws, from the Parliament to the Joint Sections. As we have previously maintained, it is quite the other way around, the Constitution being the one that allows for such a transfer to take place, and the provision of the Code of Civil Procedure simply being the implicitly-issued enabling law.

We must also add that the arguments brought forth by the President of The Chamber of Deputies and by the Government are also supportive of our thesis.

The Constitutional Court first off finds that “Because their object is not that of creating normative law, but rather that of promoting the correct interpreting of juridical norms that are in force, one cannot consider that the issuing of Decisions of the Joint Sections of the Supreme Court would represent an attribute that is part of the field of law-making, because in the latter case, the legal text would be unconstitutional in respect to the provisions of the first paragraph of art. 58 of the Constitution”. This is supportive, or at least not dismissive of our theory in two ways. One is that the reasoning of the Constitutional Court is flawed, in that it forgets that in order to belong to the realm of law-making, the issuing can also be of interpretative laws, and not only normative laws. Thus, if the Decisions are interpretative laws, which they are, they would not fall under the present criticism of the Court. The other way is that in respect to the unconstitutionality remark, by adding that the Constitution has since underwent revision, and because of the arguments we stated in our *stricto sensu* theory presentation, the current Constitution allows for a transfer of law-making competence from the Parliament to the Joint Sections, in the field of interpretative laws.

The Court then states that the lawmaker, in issuing the criticized norm, had no intention in allowing the supreme court to become a substitute of the Parliament, the only power in the state having the power to issue laws. Our objection in this case is twofold. Firstly, because since then, the Constitution underwent revision, so now it is impossible to consider the Parliament as *the only* lawmaking authority of the state of Romania. Secondly, in the case of the Decisions in the interest of the law, the High Court of Cassation and of Justice does not become a substitute of the Parliament, but also possesses, at the same time that the Parliament still does, the ability, the competence to issue interpretative laws.

The Court then compares the interpretation of the law achieved by means of the issuing of Decisions in the interest of the law to that by means of issuing ordinary, lower court decisions. An interesting topic of discussion, it does not, however, exclude the possibility of the Decisions of the Joint Sections being in fact interpretative laws. The Court then concludes that the Decisions are “not *extra lege* and, moreover, cannot be *contra legem*”. As interpretative laws, they certainly are not *extra lege*, as they are restricted to the boundaries set by the original law that they interpret, in the spirit of the original law being in fact the “true” will of the original lawmaker. Because of the same limitation, they cannot possibly be *contra legem*. But they are still laws in the end, with the consequence of a certain extremely limited amount of inherent subjectivism, as to the choice of interpretation within the previously-mentioned boundaries, being undoubtedly present in their issuing. Thus, the issuing of the Decisions can be easily compared to the issuing of laws, and they respect the limitations prescribed in principle by the Constitutional Court. Thus, we can safely say that their being interpretative laws fully complies with the prerequisites set by the current statement of the Constitutional Court Decision.

The Court then proceeds in stating that “they cannot be viewed as sources of law, in the ordinary sense of the concept”. We tend to disagree, as the ordinary sense of the concept is both permissive, as well as not unanimously agreed upon. The court, in its arguments in favor of this incorrect view, then goes to characterize the effects of the Decisions in the interest of the law, which actually are identical to those of interpretative laws, as far as the issues of their “over time applying” are concerned.

Then, the Court states that the Decisions are a means of ensuring that the constitutional principle of the equality of citizens before the law and the public authorities, including the judicial authority, is upheld. True, but we must first off notice that the principle is that of equality before the law, and not before court decisions. Secondly, it is true that in this case, the equality of citizens before the judicial authority finds expression at its best. Thus, this represents another statement that supports our theory. In the same context, the Court then chooses to also maintain upon that which it has previously stated in the matter.

In a following relevant Decision⁵⁹, the Constitutional Court reiterates its support as to the constitutionality of the institutions of the Review in the interest of the law and of the Decisions in the interest of the law, thus if not expressly supporting our theory, at least not dismissing it either.

Another Decision⁶⁰ is also worth mentioning and undergoing analysis within our current study.

The author of the unconstitutionality objection believes that because the procedure before the Joint Sections is not contradictory, the third paragraph of Article 126 of the Constitution is infringed. We are of a different opinion. As they issue laws, they are subject to the same requirements set to the lawmaker in the process of issuing laws, rather than being subject to the requirement of contradictory procedure set to the courts in their decision-issuing activity. Thus, by viewing the Decisions as interpretative laws, both their generally binding nature, as well as their constitutionality can be easily discerned.

In another remark of the author, another issue is raised – that of the impossibility of the Joint Sections in changing the interpretation of laws contained in issued Decisions in the interest of the law, while in the cases of the European Court of Human Rights and that of the Court of Justice of the European Communities, such a possibility exists in respect to their own jurisprudence. We firmly state that one of the greatest practical consequences of our theory is that, by recognizing the interpretative law nature of the Decisions, it makes them subject to the entire theory of and practical approach to the applying of the law over time, as well as the succession of laws over time. Thus, this piece of criticism is also overcome.

Finally, the author speaks of the interdiction set by the European Court of Human Rights, in that the independence of the judges means independence from the Executive power of the state, the judges being however bound by the exercise of the legal procedural means of appealing their decisions. As this is not such a legal

procedural way, the author believes that the institutions are unconstitutional. But because our theory holds that they are interpretative *law*, this would be in accordance with the European Court of Human Rights interdiction, as well as the text of the third paragraph of Article 124 of the Constitution, in that the judges would be rightfully subject to the law in their otherwise independent state.

The Government's point of view concerning the present unconstitutionality objection is clearly supportive of our theory, in that it states that "In fact, the High Court of Cassation and of Justice does nothing else than translating the intent of the lawmaker, which is mandatory for the courts, in virtue of the constitutional principle of the «Judges being independent and subject only to the law.»". True, but we feel that it requires a minor explanation. The translation that the Government speaks about results in the Decisions actually being interpretative laws.

In the current context, we feel that it is necessary to also state that the People's Advocate point of view is in favor of our theory as well.

In a first statement, the Court omits to recognize that the institutions were not created by the lawmaker out of thin air and without any sort of constitutional basis. On the contrary, as we have already showed in the beginning of the present study, while explaining our theory, they were created by the lawmaker in full compliance with the constitutional provisions, as the expression of his constitutional right to issue a law of enabling, thus allowing the Joint Sections to issue interpretative laws in the form of Decisions in the interest of the law.

In the same context, the Court then chooses to also maintain upon some issues which it has previously stated upon in the matter.

We will now continue our analysis with that of Decision no. 1014 of the 8th of November 2007⁶¹. It brings a series of new arguments to the table, in an attempt to prove the unconstitutionality of the provisions regulating the institutions undergoing analysis over the course of our present study.

The author of the objection maintains that "the Decisions ... in the interest of the law ... are new regulations through which additions can be made to alter the law or detours from the will of the lawmaker could arise". Also, the power that is the root of their issuing is considered discretionary, unbound by an approval from the Parliament. Finally, the author invokes the Constitution, in that it "expressly, exclusively states that solely the law constitutes the normative act that is binding for the courts of law, the judges being subject to «only the law», justice having to be rendered only «in the name of the law», and not in that of the decisions of another court outside the procedural frame of deciding upon an appeal in the case brought before the court, decisions that are generally binding interpretative norms".

We would like to respond to these statements in a critical manner. First off, the Decisions are not *new* norms, in the sense that they may alter the law or initiate detours from the original will of the lawmaker. They are merely interpretative laws which interpret the original will of the lawmaker, within obvious boundaries that we

have already marked. Also, the possibility of the original lawmaker, the Parliament or Government, however the case may be, to intervene and modify, alter the very interpretation that the Joint Sections lawmaker issued by means of a Decision still exists, and it is not impaired in any way. The sole problem that could arise lies in the potential unconstitutionality of the interpretative laws which are the Decisions. In this case, the guardian for the supremacy of the Constitution, the Constitutional Court, must censor the unconstitutional Decisions, rendering them obsolete. Finally, the author holds that the interpreting of the issues addressed by the Joint Sections exhibits attributes that would be enough to qualify it as discretionary. But we ask ourselves how such a power may be discretionary, as the issuing of the Decisions is subject to the consent of a majority of the highest-ranking judges within the judicial authority who, at least ideally, represent some of the most qualified legal experts in the country.

We would also like to add nuance to an issue that we consider did not receive proper attention from the Constitutional Court's constitutional compatibility analysis. The Court stated that Art. 129 of the Constitution, entitled "Use of appeal", according to which "Against decisions of the court, the parties concerned and the Public Ministry may exercise ways of appeal, in accordance with the law." is not infringed in this case, "as this constitutional norm mustn't be understood as guaranteeing access to all means of appeal [and, certainly not on every level, as the ways of appeal must end at a certain point anyway, in order for justice to be effective and be able to be done – o. n. *A. S.*], but is merely a precise regulation as to the actual ways in accordance with which the ways to appeal will be exercised". We believe that the problem is that this constitutional provision is totally inapplicable in the context of the Decisions, as two ways to appeal them certainly exist. One of these being the initiating of another process of issuing a Decision in the interest of the law, and, upon new arguments brought before the Joint Sections by the initiators, a different interpretation may be contained in a new Decision that would replace the old one. The second would be the initiating of the ordinary lawmaking process, by which a law of interpretation could result, overturning the interpretation that the Joint Sections agreed upon by the issuing of a Decision in the interest of the law. Thus both the Constitution as well as the law regulating the institutions, also because of the fact that the Decisions being laws and not court decisions, they do not possess *res judicata*, allow for a new Decision to be issued in the same matter, resulting in a new interpretation given to legal issues. Also, the Constitution, by allowing that the Parliament issue laws with the sole boundary of their constitutionality, allows for the result of new laws of interpretation, that could overturn interpretations decided upon by the Joint Sections.

In the same context, the Court then chooses to also maintain upon some issues which it has previously stated upon in the matter.

Because of all the previously stated elements, we believe that, at this point, it is still very safe to state that the Decisions in the interest of the law are, in fact, interpretative laws.

The final Decision that we would like to submit to your attention bears the number 895, and was issued on the 10th of July 2008⁶². It is also compelling in making our case that Decisions in the interest of the law are, in fact, interpretative laws.

We would like to begin with a couple of remarks in respect to the opinion that the Civil and Intellectual Property law Section of the High Court of Cassation and of Justice has expressed, in its belief that the objection is unfounded. It stated that one cannot consider the issuing of the Decisions by the Joint Sections represents a prerogative that is of lawmaking type. We believe it is false in it not considering the Decisions laws, and would like to point out that the concept of lawmaking includes that of interpretative law-making, and we cannot find one reason that would bring any doubt on the fact that it is possible for the Decisions in the interest of the law to be considered interpretative laws, from this perspective. Secondly, it states that the institutions do not infringe the independence of the judge. True, but exactly because the Decisions are in fact laws, and thus the judge remains subject to only the law. Thus, in the end, with a couple of nuances, the arguments of the Section of the High Court obviously support our theory.

The Court then reiterates on what it has already decided upon in the previously-presented Decision, in that “Their purpose being that of promoting a correct interpreting of the in force legal provisions, and not that of creating new norms, one cannot consider that the decisions issued by the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice would represent, in the event of such reviews, an attribute strictly pertaining to the area of lawmaking, in which case the mentioned legal provisions [those regulating the institutions undergoing analysis over the course of this current study – o. n. A. S.] would infringe the text of Art. 61 of the Constitution”.

The use of the phrase “creating new norms” is exhibitiv of a certain confusion of the Court regarding the subtle difference between interpretative law and “normative” law. Thus, by means of Decisions in the interest of the law, law is merely interpreted, as opposed to created. Having this in mind, we must conclude that, as interpretative laws, the Decisions obey the before-set restriction.

Even if we were to consider that the prohibition also applies to interpretative norms, a new problem arises. As if we were to consider that the Decisions cannot possibly be interpretative laws, then there would be no legal foundation or constitutional *ratio* to justify their generally binding nature for the lower courts. By contrast, if we recognize their interpretative law nature, these theoretical obstacles become overcome.

As a final argument, we must state that the Court also forgets that the Government also has the constitutional competence to issue laws, and not only interpretative ones, for that matter. As the Government can also be considered and act as a lawmaker, the categorical statement of the Court regarding the Parliament being

the sole lawmaker, according to the first paragraph of Article 61 of the Constitution, is definitely not safe from severe criticism.

At last, the Court correctly held that the Decisions do not impair the ability of the lower courts to judge cases in an impartial way, independent of any extraneous influences. Thus, it concluded that Article 124 of the Constitution is not infringed.

At this point, we have concluded our analysis of the relevant jurisprudence that the Constitutional Court has established pertaining to the topic at hand. We will close this current section of our study with two remarks. Firstly, we propose that, *de lege ferenda*, the Constitutional Court firmly adopt the only reasonable position regarding the issue at hand, and expressly state, by means of a generally binding Decision, that the Decisions in the interest of the law are, in both theory and fact, thus formally as well, interpretative laws. And this by means of solving the unconstitutionality objections of the future, raised in the matter by the critics of the legal provisions regulating the institutions, thus refreshing its own jurisprudence regarding the topic at hand which, although rich number-wise, sadly lacks substance and is quite monotonously repetitive. Secondly, we must state that we are truly contempt in that our theory is sustained by the before-analyzed Constitutional Court Decisions, even though only implicitly and by means of interpretation, as we have showed over the course of this current section of our study.

C. e. Preliminary conclusion

As we showed over the course of the current section of our study, the only way to justify the constitutionality of the “mandatory for the courts” nature of the Decisions in the interest of the law is to acknowledge the fact that these Decisions are, actually, interpretative laws. We demonstrated that the Constitution does not only allow such an interpretation, but furthermore dictates the validity of it.

However, by thoroughly studying our national legal literature, as well as the jurisprudence established pertaining to the issue at hand by the Constitutional Court, we were able to notice that the constitutionality of the provisions regulating the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law is both ardently defended, especially by the Constitutional Court, as well as sometimes harshly criticized. We believe that establishing a quantitative ratio between these opposing points of view is not of prime importance, though. What we felt was indeed needed was a strong theoretical foundation, that could on one hand properly justify the mandatory nature of the Decisions, and on the other hand allow for an equally justifiable dismissing of the harsh criticism that these legal concepts have sustained since they came into existence. This section of our study is the materialization of the before-mentioned strong theoretical foundation.

Thus, the Constitution not only allows for, but actually dictates that the Parliament, by means of an enabling law, should offer the Joint Sections of the High Court of Cassation and of Justice the possibility to fulfill their constitutional role,

in the form of allowing them to issue interpretative laws. But as we have previously shown, the accepting of the fact that the Decisions are, actually, interpretative laws, at the same time raises a whole new set of issues. We addressed and solved them as soon as they emerged.

Finally, we feel safe to say that this current section of our study is in itself a theoretical study, grounded in constitutional law and jurisprudence, and, even more importantly, one having great practical significance as well.

D. Concluding remarks

Unity in the interpreting of the law by the courts is a necessity that derives from the need for the upholding of the juridical security of all persons. The latter is, in turn, dependant of uniformity in the applying of the law, to which the people are entitled to. Achieving unity in the interpreting of the law and uniformity in the applying of it is a task that the Constitution ultimately entrusted interpretative laws with, as they are the most powerful source of unitary interpretation of legal provisions in Romania.

There is no question that the Parliament possesses the constitutional power to issue such interpretative laws. This ability derives from its role, that of lawmaker, in the fulfilling of which "The Parliament passes constitutional laws, organic laws and ordinary laws.", according to the first paragraph of Article 73 of the Constitution. But there is also no question that the Constitution dictates, through the provisions of its Article 126, that High Court of Cassation and of Justice, as the supreme administrator of Justice, is to "provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, according to its competence", competence which is set by law. Finally, the legal and factual existence and jurisprudential widespread recognition of both the legal concepts of Review in the interest of the law and Decision in the interest of the law, as well as the latter's "mandatory for the courts" nature are self-evident as well. Because of all the before-mentioned facts, we felt it was needed to stress the fact that the legal concepts are not an anomaly, but actually represent the procedural framework within which the High Court of Cassation and of Justice fulfills its own constitutional task, by issuing interpretative laws as well. Our study amply explains both the foundation of our belief, as well as thoroughly analyses its practical consequences. All of our statements and findings will remain valid and equally applicable even in the event that the new Codes of Civil and Criminal Procedure will come into force, as they preserve both the "mandatory for the courts" nature of the Decisions in the interest of the law, as well as the potential for their unconstitutional "immediate" coming into force⁶³.

We began our study with a question, and we feel that the time has come for us to answer it, in order not to deem it as forever rhetorical in nature. So yes, for all the before-mentioned reasons, we strongly believe that they are!

* **ARON SAMU**, Third-Year Student – Law School, Babeş-Bolyai University, Cluj-Napoca.
Contact Information - E-mail address: foresttroll2002@yahoo.com.

We dedicate this work, our first truly ample legal study, to those remarkable persons that we hold most dear for inspiring us to create, through their innovative vision, limitless passion and dedication to the field of Juridical Sciences: Lect. univ. dr. Mircea Dan Bob, Av. Doru Cătălin Boştină, Asist. univ. drd. Cosmin Flavius Costaş, Av. Cleopatra Drăghici, Ass. Prof. dr. iur. Gergely Karácsony, Av. dr. Mădălin Niculeasa, Asist. univ. drd. Daniel Niţu, Lect. univ. dr. Ovidiu Podaru and Conf. univ. dr. Ionel Reghini (the “panel of nine” is presented in ascending alphabetical succesion, sorted as such by the last name criterion). Thank you all very much, for everything...

- ¹ Republished in the Official Gazette of Romania no. 827 of the 13th of September 2005, as modified and completed to date
- ² Republished in the Official Gazette of Romania no. 767 of the 31st of October 2003, as it was modified and completed by the Law no. 429/2003 on the revision of the Constitution of Romania, published in the Official Gazette of Romania no. 758 of the 29th of October 2003
- ³ CHAPTER VI of the Constitution of Romania (as amended and completed to date) is entitled “Judicial authority”
- ⁴ Population at the Census of population and dwellings of March 18th, 2002, conducted by the National Institute of Statistics in Romania – <http://www.insse.ro/cms/files/RPL2002INS/vol5/tables/t01.pdf>
- ⁵ Body of Civil Law
- ⁶ See I. Reghini, Ş. Diaconescu, *Introducere în dreptul civil*, Vol. 1, Ed. “Sfera Juridică”, Cluj-Napoca, 2004, p. 47-48
- ⁷ *Idem*, p. 48
- ⁸ *Idem*, p. 49
- ⁹ Published in the Official Gazette of Romania no. 66 of the 19th of March 1936
- ¹⁰ Or Prosecutor’s Office
- ¹¹ The review courts mentioned by Articles 16 and 17.3 of the Carol II Code of Criminal Procedure are the Tribunals and, respectively, the Courts of Appeal
- ¹² For more details on the Lex stricta imperativa, see F. Streteanu, *Drept penal. Partea generală*, Vol. 1, Ed. “Rosetti”, Bucureşti, 2003, p. 56-74
- ¹³ Published in the Brochure no. 0 of the 1st of December 1960
- ¹⁴ Published in the Official Gazette of Romania no. 45 of the 24th of February 1948
- ¹⁵ The Joint Sections of the Court of Cassation were back then, as those of the High Court of Cassation and of Justice are today, a gathering of all the justices of the Court, body that renders Decisions on a majority basis. Two separate quorums, one of attendance and one of vote, are to be fulfilled in order for the legal issuing of Decisions in the interest of the law to take place.
- ¹⁶ Published in the Official Bulletin no. 169 of the 27th of December 1968
- ¹⁷ These Guidance Decisions of the Supreme Tribunal, the highest court of the judiciary of Romania at that time - replacing the High Court of Cassation -, basically replaced the Decisions in the interest of the law

- ¹⁸ Practically in the same structure as the Joint Sections of the High Court of Cassation
- ¹⁹ Published in the Official Bulletin no. 65 of the 29th of October 1986
- ²⁰ It acted permanently, and not just on a session basis, as did the Great National Gathering
- ²¹ Published in the Official Bulletin no. 169 of the 27th of December 1968
- ²² Published in the Official Bulletin no. 20 of the 28th of February 1973
- ²³ Published in the Official Gazette of Romania no. 177 of the 26th of July 1993
- ²⁴ Published in the Official Gazette of Romania no. 147 of the 1st of July 1993
- ²⁵ Nevertheless, for a brief presentation of the post-1993 and up to the present succession of legal provisions in this field, see H. Diaconescu, *Discuții privind neconstituționalitatea instituirii caracterului obligatoriu pentru instanțele judecătorești al dezlegărilor date problemelor de drept prin Deciziile emise de Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiunile Unite în Recursul în interesul legii*, in "Dreptul" nr. 12/2006, p. 94, note 14
- ²⁶ Republished in the Official Gazette of Romania no. 45 of the 24th of February 1948, as modified and completed to date
- ²⁷ Published in the Official Gazette of Romania no. 78 of the 30th of April 1997, as modified and completed to date
- ²⁸ According to Article 141 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system, "Whenever a legal reference to the Supreme Court of Justice exists in any of the applicable normative acts, it is considered to be in fact a reference to the High Court of Cassation and of Justice."
- ²⁹ For an example of such incidental aspects, see "The custom as a source of criminal law" in F. Streteanu, *op. cit.*, p. 110-114.
- ³⁰ See A. Florin, *Calitatea sau capacitatea procesuală a unităților militare*, in Revista consilierilor juridici din armată nr. 1/2004, Publicația militară Lex, Ed. Direcția Legislație și Asistență Juridică, MApN, p. 55-58; Online at http://dlaj.mapn.ro/ro/lex/pdfrepository/lex_2004_1/anca.pdf
- ³¹ The judge in charge of the Court of Appeal
- ³² See I. Reghini, Ș. Diaconescu, *op. cit.*, p.43-47. For a somewhat different view on the topic, see I. Dogaru, N. Popa, D. C. Dănișor, S. Cercel, *Bazele dreptului civil. Volumul I. Teoria generală*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 133-138.
- ³³ For more details on the topic, see "The custom as a source of criminal law" in F. Streteanu, *op. cit.*, p. 110-114, as well as the footnote-cited references there.
- ³⁴ Published in the Official Gazette of Romania no. 1154 of the 7th of December 2004, as modified and completed to date
- ³⁵ Rather than specific case-law, ordinary decisions issued by the courts of law
- ³⁶ According to the "*Specialia generalibus derogant*" principle, whenever an incompatibility arises, such as "the retroactive nature" of the interpretative laws as opposed to the without a doubt lack of such a nature of the other laws as a general rule, the special provisions will apply to the interpretative laws, instead of the general rule-like ones.
- ³⁷ For more details on the topic, see I. Dogaru, N. Popa, D. C. Dănișor, S. Cercel, *op. cit.*, p. 262-309. Also, for relevant constitutional jurisprudence on the topic, see Constitutional Court Decisions: no. 73 of the 6th of March 2001, published in both the Official Gazette of Romania no. 240 of the 11th of May 2001, as well as in *România. Curtea Constituțională. Decizii și Hotărâri*, Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2001, p. 617-619; no. 303 of the 8th of November 2001, published in the Official Gazette of Romania no. 809 of the 17th of December 2001; no. 330 of the 27th of November 2001, published in both the Official Gazette of Romania no. 59 of the

28th of January 2002, as well as in *România. Curtea Constituțională. Decizii și Hotărâri*, Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2002, p. 313-317; no. 188 of the 31st of March 2005, published in both the Official Gazette of Romania no. 584 of the 6th of July 2005, as well as in *România. Curtea Constituțională. Decizii și Hotărâri. * **, Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2005, p. 1543-1548.

³⁸ See H. Diaconescu, *op. cit.*, p.94

³⁹ See I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale: în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 774

⁴⁰ The Decisions in the interest of the law are fundamentally different than regular, ordinary, common court decisions. By accepting our theory that they are actually interpretative laws, one could also see that it represents the only means of effectively explaining the *erga omnes* – primarily *inter pares* duality of the effects that the two before-mentioned types of “decisions” produce. For a better and more complete understanding of the issue at hand, apart from our current study, one should also refer to a series of other works, such as: I. Deleanu, V. Deleanu, *Hotărârea judecătorească*, Ed. Servo-Sat, Arad, 1998; I. Deleanu, *Opozabilitatea – considerații generale*, în “Dreptul” nr. 7/2001, p. 87-105; I. Deleanu, *Părțile și Terții. Relativitatea și Opozabilitatea efectelor juridice*, Ed. Rosetti, București, 2002; P. Vasilescu, *Relativitatea actului juridic civil. Repere pentru o nouă teorie generală a actului de drept privat*, Ed. Rosetti, București, 2003.

⁴¹ Set by the first paragraph of Article 126 of the Constitution. By corroborating the second paragraph of Article 2 and the first paragraph of Article 1 of Law no. 304/2004, we must notice the legal restatement of the before-mentioned primarily-constitutional role of the High Court of Cassation and of Justice.

⁴² Dual in the sense of both constitutional, set by the third paragraph of Article 126 of the Constitution, as well as legal, set by the second paragraph of Article 18 of Law no. 304/2004 regarding the judicial system.

⁴³ See I. Deleanu, *Instituții ... ,op. cit.*, p. 749

⁴⁴ We cannot help but also notice that in the end, even if it may seem as absurd, in the upholding of state justice, simple achieving unity in the interpreting of the law is more important than doing so in a just and equitable manner, so as at least the subjects know what to expect in the matter of their unjust treatment beforehand. This is exhibitiv of a certain *per absurdum* premise, in which state justice could exist at all in the absence of a just and equitable manner of interpreting laws. But we felt such an explanation was needed, in order to accentuate upon the great importance of the constitutional role of the High Court of Cassation and of Justice.

⁴⁵ Regulated by the first three paragraphs of Article 115 of the Constitution, entitled “Legislative delegation”

⁴⁶ “The High Court of Cassation and Justice shall provide a unitary interpretation and implementation of the law by the other courts of law, *according to its competence*. [o. h. – A. S.]”, *competence set by law*, according to the first paragraph of the same Article, which does in turn represent an enabling law.

⁴⁷ See H. Diaconescu, *op. cit.*, p. 106

⁴⁸ Even though the number of both the article and of the paragraph the author mentions in his work has changed up to the present, the reasoning of the Constitutional Court regarding the issue at hand has remained the same. We will analyze the Decisions of the Constitutional Court referring to this issue in subsection c of the current Section of our work.

- ⁴⁹ First of all, interpretative laws are not retroactive. This is simply because they are not among the only exceptions set forth in the matter by the second paragraph of Article 15 of the Constitution, as “the more favorable criminal or administrative law”. The interpretative laws are only “retroactive” in that they refer to, they offer legal interpretation to a law which was issued and which came into force in the past. But the legal interpretation is only binding from the moment of the coming into force of the interpretative law, and only *ex nunc*. Second of all, even if we were to accept, by *Reductio ad absurdum*, that the interpretative laws are retroactive in theory, we still have no choice but to notice that, in this particular case, we are in the presence of an organic law imperative which forbids their retroactive applying.
- ⁵⁰ To an article analyzing old regulations concerning the Supreme Tribunal’s contribution towards the correct and unitary applying of the law – E. Nucescu, *Contribuția Tribunalului Suprem la aplicarea corectă și unitară a legilor în activitatea de judecată și dezvoltarea dreptului socialist*, în “Revista română de drept privat” nr. 5/1971, p. 54
- ⁵¹ See H. Diaconescu, *op. cit.*, p.106-107
- ⁵² For example, Law no. 429/2003 on the revision of the Constitution of Romania, published in the Official Gazette of Romania no. 758 of the 29th of October 2003
- ⁵³ Republished in the Official Gazette of Romania no. 643 of the 16th of July 2004
- ⁵⁴ This role is restated in the first paragraph of Article 1 of the Law no. 47/1992 regarding the organizing and functioning of the Constitutional Court.
- ⁵⁵ Published in the Official Gazette of Romania no. 90 of the 26th of February 1998
- ⁵⁶ Constitutional Court Decision no. 528 of the 2nd of December 1997, published in both the Official Gazette of Romania no. 90 of the 26th of February 1998, as well as in *România. Curtea Constituțională. Decizii și Hotărâri*, Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 1998, p. 592-594. With each new Constitutional Court Decision, we will only highlight aspects that are new in respect to the previous Decisions, as we do not consider necessary to also bring forth issues that the Constitutional Court has analyzed and remarked upon before, and that we have also stated before.
- ⁵⁷ We state that only potentially because in fact, even though ideally all of the judges of the High Court of Cassation and of Justice would take part in issuing the Decisions in the interest of the law, this is rarely the case.
- ⁵⁸ Constitutional Court Decision no. 93 of the 11th of May 2000, published in both the Official Gazette of Romania no. 444 of the 8th of September 2000, as well as in *România. Curtea Constituțională. Decizii și Hotărâri*, Ed. Regia Autonomă Monitorul Oficial, București, 2000, p. 633-638
- ⁵⁹ Constitutional Court Decision no. 638 of the 3rd of October 2006, published in the Official Gazette of Romania no. 903 of the 7th of November 2006
- ⁶⁰ Constitutional Court Decision no. 907 of the 18th of October 2007, published in the Official Gazette of Romania no. 811 of the 28th of November 2007
- ⁶¹ Published in the Official Gazette of Romania no. 816 of the 29th of November 2007
- ⁶² Published in the Official Gazette of Romania no. 575 of the 30th of July 2008
- ⁶³ See Articles 499-502 of the Project of the new Code of Civil Procedure, as well as Articles 465-468 of the Project of the new Code of Criminal Procedure.

FUNDAMENTELE REZERVEI SUCCESORALE

Diana BERE*

***Résumé. Les fondements de la réserve successorale.** La propriété a eu toujours un rôle extrêmement important pour l'existence humaine. De plus, sa fortune devient plus qu'importante au décès du titulaire du droit. Les réglementations spécifiques aux différents systèmes juridiques se tournent sur deux institutions : la liberté testamentaire absolue et la réglementation légale de la succession. La plus stricte limitation de cette liberté est représentée par la réserve successorale.*

La raison principale de cette étude découle d'une part de la ténacité qui caractérise cette institution et qui apparemment reste inerte face au dynamisme du droit, et, d'autre part, du caractère restrictif de la réglementation de la réserve dans notre système.

Afin de qualifier dans une telle manière les règles successorales roumaines, on a considéré nécessaire de jeter un coup d'œil sur l'analyse des fondements de ce mode de réglementation, aussi dans le droit roumain, que dans une perspective historique et comparée.

Ainsi, on a arrivé à observer le parcours suivi par les changements dans le domaine de la transmission successorale, en relevant le fondement religieux, économique ou affectif en fonction du contexte socio-historique. En dépit des influences exercées par les changements du plan social, l'institution de la réserve attire encore bien des souteneurs.

Enfin, le fondement pourrait être en présent intellectuel avec toutes les conséquences dans le plan normatif.

Mots clés: réserve successorale, liberté testamentaire, systèmes de transmission successorale, fondements de la transmission

Cuvinte cheie: rezervă, libertate testamentară, sisteme succesorale, fundamentele transmisiunii succesorale.

I. INTRODUCERE. Acumularea de bunuri are ca scop satisfacerea nevoile umane. Primele bunuri au fost apropiate pentru a se asigura hrana și protecția împotriva animalelor sălbatice și a fenomenelor meteorologice. În același ritm cu dezvoltarea societății are loc și diversificarea nevoilor umane. Averele sau proprietatea individului îi determină în prezent modul de viață. Statutul social, speranța de viață și nivelul calitativ al acesteia, accesul la educația dorită, și chiar modul în care își petrece timpul liber sunt direct influențate de conținutul patrimoniului său. La nivel statal are loc același fenomen; forța economică a statului dă naștere unor largi prerogative și posibilități.

În încercarea de a defini și contura proprietatea și semnificația ei în viața umană își găsesc punct comun toate științele umaniste, concentrându-și eforturile în elaborarea unor teorii sau sisteme care să reziste oricăror dezbateri. Fie că este vorba

despre o indisolubilă legătură naturală, fie că reprezintă în realitate o fascinație lipsită de profunzime, raportarea omului la proprietate i-a definit mereu soarta, de la naștere, până la moarte. Nu avem intenția și nici interesul de a dezvolta sau comenta în această lucrare teorii ale dreptului de proprietate și nici de a ne declara atașamentul față de vreuna din ele. Cu toate acestea, nu putem să nu ne manifestăm intrigarea față de relația om-proprietate. Gradul de acumulare al bunurilor întrece de multe ori nevoile proprietarului raportate la contextul social și durata vieții. Dreptul de proprietate reprezintă așadar pentru individ mai mult decât un mijloc prin care își asigură traiul, exprimând o legătură mult mai personală.

În cele ce urmează vom analiza soarta bunurilor agonisite de-a lungul vieții și măsura în care legătura dintre om și bunurile sale se manifestă după momentul morții. În sistemele de drept bazate pe proprietatea privată se consideră că titularul are libertatea de a dispune de bunurile sale atât în timpul vieții cât și pentru cauză de moarte, însă gradul de libertate diferă de la sistem la sistem și de la epocă la epocă. Având în vedere importanța pe care proprietatea o are în viața umană, ne propunem o analiză a rațiunilor care determină modul de reglementare al acestei libertăți după moarte.

Interesul nostru pentru fundamentele rezervei succesoriale se datorează în primul rând raportului dintre această instituție și principiul libertății testamentare. Cum se justifică restrângerea libertății testamentare la o cotitate care reprezintă a opta parte din averea unei persoane (care lasă trei copii și un soț supraviețuitor) în condițiile în care drepturile și libertățile fundamentale ale omului – dintre care și dreptul de proprietate – au dobândit o recunoaștere și protecție aproape absolute?

În al doilea rând este de observat longevitatea și stabilitatea acestei instituții în condițiile în care dreptul suferă mereu modificări ca efect al contextului istoric, social, economic, etc. Este rezerva o instituție ferită întrutotul de aceste influențe? Sau influența realității sociale s-a făcut simțită numai în ceea ce privește fundamentele rezervei? Pentru o mai bună înțelegere a noțiunii de rezervă succesorală și a fundamentelor reglementării sale în dreptul nostru, apreciem că este necesară așezarea ei într-un cadru extins, atât prin raportarea la alte noțiuni juridice, cât și într-o largă perspectivă istorică și comparată pentru a putea urmări dezvoltarea instituției și justificarea ei în prezent.

II. DREPTUL DE PROPRIETATE. Comuna primitivă, ca primă formă de asociere umană, se naște pentru facilitarea supraviețuirii. Împreună oamenii au reușit să-și procure mai ușor mijloacele de trai și o mai mare siguranță în raport cu forțele naturii și animalele de pradă. Mijloacele rudimentare de care dispuneau au putut fi contrabalansate numai de efortul comun. În cadrul acestui tip de societate, proprietatea privată nu exista. Toate bunurile aparțineau ginții organizată inițial în jurul antecesurului comun în linie feminină, iar ulterior, datorită progresului înregistrat în producție, în linie masculină.

În urma domesticirii și creșterii animalelor, a apariției uneltelor și armelor de fier, prizonierii căzuți în luptă deveneau sclavi folosiți la producție. Menținerea nivelului de trai nu mai necesita efortul comun al ginții, acesta fiind asigurat în mod satisfăcător și de un grup familial, organizat în familia patriarhală. Mijloacele de producție, casa, gospodăria, trec în proprietatea privată a familiei patriarhale. Pământul rămâne însă, pentru multă vreme, proprietatea comună a obștii, colectivitate din care se desprind familiile. Din acest moment, proprietatea comună a coexistat cu cea privată, chiar dacă în diferite forme.¹

Familia patriarhală se prezintă diferit față de cea organizată în jurul mamei. Puterea economică a bărbaților ajunge să crească peste limitele nevoilor elementare. Această putere crește în grad diferit de la o persoană la alta, în funcție de seriozitatea și perseverența individului raportat la munca depusă. Depășind planul în care supraviețuirea în sine prezenta serioase provocări, proprietatea comună a ginții asupra bunurilor obținute prin efortul diferit depus de membrii acesteia, nu se mai justifică. S-a argumentat² că familia monogamă a luat naștere din intenția bărbatului de a lăsa bunurile unor urmași ai săi cerți. Singurul mod de a obține această certitudine era impunerea regulii potrivit căreia o femeie era a unui singur bărbat, cu obligația de a-i fi credincioasă. Astfel, familia în forma pe care o cunoaștem s-ar fi născut și din nevoi legate de transmisiunea succesorală. În susținerea acestei teze, se citează concepția indiană, exprimată în Codul lui Manu potrivit căreia „printr-un fiu, omul obține stăpânirea lumii; prin fiul fiului dobândește nemurirea; prin fiul nepotului se înalță până la împărăția soarelui”. Textul din Codul lui Manu reprezintă un model de raportare a omului la mortalitate. Observăm cum, prin descendenți, omul parcurge anumite etape înspre un țel suprem. Cu cât linia descendenților se întinde pe mai multe generații, cu atât omul se apropie de zeu. Astfel, bunurile agonisite în timpul vieții, erau transmise descendenților asigurând astfel supraviețuirea stirpei, realizând în același timp și funcția religioasă. Aceasta devine primul fundament – cel religios – al transmiterii proprietății la momentul decesului titularului, deosebit de important pentru omul primitiv.

Vom putea observa în secțiunile următoare cum pe măsură ce societatea se dezvoltă, la fel fac și instituția familiei și dreptul de proprietate. În perioada în care are loc industrializarea și odată cu ea migrația populației la oraș, apare noțiunea de familie nucleară – soții și copii. Femeia, care de multă vreme se ocupa de gospodărie și de creșterea copiilor, își câștigă o tot mai largă independență, contribuind în egală măsură cu bărbatul la patrimoniul familiei. Dezvoltarea științifică determină o mai mare speranță de viață, părinții putând să asigure sprijinul copiilor mult timp după ce aceștia devin adulți. Pe de altă parte, dreptul de proprietate dobândește un tot mai înalt grad de individualizare. De la gintă, proprietatea trece la familie și apoi la individ, cel care prin meritele proprii a dobândit averea. Rezerva succesorală nu a fost ferită de toate modificările sociale.

CARACTERUL ABSOLUT ȘI CARACTERUL PERPETUU AL DREPTULUI DE PROPRIETATE PRIVATĂ. Din punct de vedere juridic, orice persoană are un patrimoniu³. În dreptul nostru, conținutul acestei noțiuni poate fi dedus din prevederile art. 1718 C. civ, conform căruia ”oricine este obligat personal este ținut de a îndeplini îndatoririle sale cu toate bunurile sale, mobile și imobile, prezente și viitoare”. Din același articol reiese și legătura sau dependența elementelor patrimoniului, care constituie astfel o universalitate juridică.

Patrimoniul, atribut al personalității, durează numai atât timp cât persoana fizică este în viață. Conținutul său pe de altă parte, va supraviețui titularului. Cele mai multe drepturi dobândite sau obligații asumate de către o persoană nu își găsesc încetarea efectelor la moartea acesteia. În aceste condiții, se pune problema de a ști ce se întâmplă cu patrimoniul în caz de deces. Acesta nu poate exista fără titular⁴.

Soluția oferită de legiuitor se regăsește în modul de reglementare al transmiterii proprietății. Art. 644 C. civ. prevede că „proprietatea bunurilor se dobândește și se transmite prin succesiune, prin legată, prin convenție și prin tradițiune”. Așadar, la decesul unei persoane, patrimoniul său „se deferă sau prin lege sau după voința omului, prin testament” (art.650 C. civ.). Există așadar două tipuri de transmisiune *mortis causa*. „Prin succesiune sau moștenire se înțelege transmiterea patrimoniului unei persoane decedate la una sau mai multe persoane în viață.(...) Succesiunea poate fi testamentară, când defunctul, printr-un act de ultimă voință, arată cum să se împartă averea pe care o posedă, sau legală, numită și *ab intestato*, când patrimoniul acestuia, în lipsa unui astfel de act de ultimă voință se va împărți în conformitate cu legea.”⁵

Dreptul unei persoane de a testa decurge din caracterele dreptului de proprietate privată. „Proprietatea este dreptul ce are cineva de a se bucura și dispune de un lucru în mod exclusiv și absolut, însă în limitele determinate de lege” (art. 480 C. civ). Dreptul de proprietate privată este în prezent garantat de Constituție și este considerat un drept fundamental al omului, apărat prin tratate internaționale ratificate și de România, dintre care locul cel mai important este ocupat de Convenția europeană a drepturilor omului și art. 1 din primul Protocol adițional.

Dreptul de proprietate este un drept absolut, în virtutea căruia, titularul are libertatea oricărei acțiuni sau inacțiuni în legătură cu dreptul său. Pe de altă parte dreptul de proprietate privată are un caracter perpetuu. El nu se stinge cât timp bunul care face obiectul său există. Unul din cele trei atribute ale dreptului de proprietate este dispoziția. Din punct de vedere juridic, dispoziția asupra unui bun proprietate privată poate lua forma unui act între vii sau pentru cauză de moarte. Așadar, odată intrat în patrimoniul unei persoane, dreptul se supune dispozițiilor titularului atât pentru perioada în care acesta se află în viață, cât și după moarte.

Caracterul perpetuu al dreptului de proprietate se conturează în perioada sclavagistă a dreptului roman, din rațiuni economice. „Pe de o parte, stimularea producției cerea ca acumularea de bunuri (...) să fie întărită prin încredințarea acestuia (proprietarului – n.a.) că la moartea sa, bunurile ce-i aparțin vor trece asupra urmașilor;

pe de altă parte, siguranța creditului necesar producției cerea ca dreptul de proprietate să nu dispară la moartea titularului, (...) rămânând astfel în gajul comun al creditorilor și după această dată.”⁶

Caracterul absolut al dreptului de proprietate nu presupune implicit și libertatea absolută în exercitarea acestui drept, care trebuie să se înscrie, așa cum prevede și art. 480 C. civ. în limitele determinate de lege. „În spațiul libertății acționează principiul conform căruia este permis tot ce nu este interzis de lege”⁷. Această normă restrictivă este justificată firesc de teoria contractualistă. Pentru a fi posibilă coexistența socială, apărarea libertății fiecărei persoane este posibilă numai dacă se face o dublă cedare de libertate. Libertatea unui individ se termină acolo unde începe libertatea altui membru al societății.

Din **perspectiva filozofică** între idea de libertate și idea de contract social se identifică două laturi ale ființei umane, respectiv latura individuală și latura socială. Într-un spațiu al libertății, latura individuală va prevala asupra laturii sociale, care implică renunțarea la libertate. Din perspectivă juridică, s-a arătat că „proprietatea privată îndeplinește, în primul rând, o funcție individuală, cu o dimensiune economică și una de garantare a libertății persoanei... Totodată, în mod indirect, proprietatea privată are și o funcție socială, ceea ce permite și explică restrângerea exercitării sale fie pentru a asigura echilibrul între diferite drepturi de proprietate aparținând unor proprietari diferiți, fie pentru a satisface anumite interese comunitare.”⁸

DIFICULTATEA REGLEMENTĂRII. Întrucât proprietatea are caracter perpetuu iar omul este dator cu o moarte se impune necesitatea reglementării unui regim al proprietății după moartea titularului. Fiecare societate care recunoaște dreptul de proprietate privată se confruntă cu problema realocării averii acumulate, la momentul morții proprietarului. Cui i se cuvine această avere?⁹ „Atunci când defunctul nu lasă vreo dispoziție prin care să orânduiască modul după cum urmează să fie transmisă și împărțită averea sa, legea cheamă la moștenire pe rudele de sânge și aceasta pentru un îndoit motiv: afecțiunea presupusă a defunctului și consolidarea familiei prin conservarea bunurilor moștenite.”¹⁰ Atât criteriul după care sunt chemate rudele cât și motivul pentru care sunt alese au suferit de-a lungul timpului diferite modificări. Întotdeauna însă legiuitorul a prevăzut un regim al moștenirii care să nu permită abandonul ei, prin dispozițiile care guvernează moștenirea legală.

Dreptul de proprietate privată nu este un simplu drept subiectiv civil, ci și un drept fundamental, consacrat atât în Constituția României cât și în tratatele internaționale care reglementează drepturile omului. Este definit așadar un cadru normativ caracterizat prin libertate, în care restricțiile trebuie să fie justificate fie prin necesitatea respectării drepturilor altor persoane, fie pentru a satisface interese de ordine publică.

Libertatea testamentară, prelungire a dreptului de proprietate prin caracterele acestuia, este de asemenea supusă restricțiilor legale. În sistemul nostru de drept, „succesiunea testamentară, adică cea care este reglementată de însuși *de cuius*, este

îngrădită de lege printr-o serie de restricții, dintre care cea mai importantă este instituția rezervei”¹¹. În alte sisteme de drept, în care libertățile cetățenești sunt de asemena consacrate, libertatea testamentară este limitată în diferite grade. Nu putem să nu reflectăm asupra echilibrului, sau proporționalității extrem de dificil de găsit dintre concesiile făcute în ceea ce privește funcția individuală a proprietății și interesele particulare sau sociale apărute.

Reglementarea dreptului de a dispune asupra bunurilor aflate în proprietate privată se înscrie pe o paletă largă, înregistrând pendulări între libertatea testamentară absolută și instituția rezervei succesoriale, într-o formă sau alta a sa. Întrucât reglementarea libertății testamentare, respectiv a rezervei, nu se poate întemeia decât la nivel de principiu pe teoria contractului social, trebuie să apreciem proporționalitatea restricțiilor libertății testamentare în funcție de contextul fiecărui sistem de drept.

În secțiunile următoare ne propunem o analiză istorică și comparată a fundamentelor rezervei succesoriale în încercarea de a trage niște concluzii asupra reglementărilor actuale și diferențele care le așează uneori la extreme diferite. Deoarece temeiurile limitării dreptului de a testa au evoluat împreună, cu, sau derivat din fundamentele dreptului de moștenire, am ales să le tratăm laolaltă.

III. DREPTUL ROMAN. Dreptul roman constituie originea reglementării succesoriale atât în sistemele de drept europene, cât și în cele care se inspiră sau derivă din acestea. Deși pe parcursul evoluției sale a suferit numeroase și profunde modificări pentru a ajunge la formele existente astăzi, o analiză istorică inclusiv a acestor alterări ne conduce inevitabil înapoi în dreptul roman.

Moștenirea legală, sau moștenirea *ab intestato* își găsește originea în obiceiurile gentilice care atribuiau bunurile cogentililor după principiile rudeniei materne în primă fază urmând a fi consacrată ulterior rudenia paternă în acest scop.

A. FUNDAMENTUL RELIGIOS AL SUCCESIUNII. În perioada de dezvoltare a societății romane, familia era constituită din persoanele care se aflau sub stăpânirea șefului de familie, lucrând și trăind împreună. La moartea lui *pater familias* locul său era luat de către unul din moștenitorii săi de sex masculin. Deși părintele de familie avea dreptul de a decide în ceea ce privește proprietatea, aceasta aparținea întregii familii, despre care se credea că nu moare niciodată. Din proprietatea familială făcea parte și locul unde se desfășura cultul strămoșilor. În consecință, inițial din considerente religioase, proprietatea trebuia păstrată în familie.

Pentru a împiedica întoarcerea bunurilor casei sau *domus*-ului sub controlul ginții, părintele de familie fără succesori apeleză inițial la adopție, pentru că puteau moșteni doar cei aflați sub puterea lui *pater familias*.¹² „Religia prescrie ca bunurile și cultul fiecărei familii să nu poată fi despărțite și ca grija sacrificiilor să fie întotdeauna în sarcina celui care culege moștenirea.” Raportat la contextul prezentat de Cicero prin afirmația de mai sus, s-a observat legătura firească dintre grija arătată față de cultul familiei și moștenire.¹³ Nu se pot găsi candidați mai potriviți pentru exercitarea

sacrei îndatoriri de familie decât cei care dețin o legătură de rudenie cu predecesorii onorați prin întreținerea cultului.

Conceptul de rudenie era diferit la acea vreme față de cel cunoscut astăzi. Elementul determinant de legătură era puterea. Rudenia se caracteriza prin controlul deținut de același șef de familie și era cunoscută în dreptul roman ca „rudenie agnatică”, cuprinzând pe cei care au fost sub puterea aceluiași părinte până la moartea lui, dar și pe cei care ar fi fost sub aceeași putere, dacă *pater familias* ar fi trăit la infinit. Legea celor XII table, în reglementarea succesiunii legale, atestă importanța rudeniei agnatice în transmisiunea patrimonială a bunurilor familiale, instituind ca primă clasă de moștenitori pe cei care erau *heredes sui* sau agnații privilegiați. Aceștia culegeau moștenirea, înlăturând alte persoane de la succesiune. Denumirea de *heredes sui* (proprii lor erezi) se datorează faptului că succesiunea părintelui de familie cuprindea în realitate patrimoniul întregii familii agnatice, astfel încât membrii acesteia „dobândeau” prin moștenire propriul patrimoniu. În consecință, devoluțiunea avea inițial ca temei puterea, și nu legătura de sânge, care va fi introdusă pe cale pretoriană ulterior. În baza rudeniei agnatice, vor fi excluși de la moștenire copii emancipați și alte rude de sânge (cognații) pe de o parte, însă va moșteni soțul supraviețuitor.

B. FUNDAMENTUL ECONOMIC. Legea celor XII table instituie regula *uti legassit, ita ius esto* (ce s-a dispus prin testament să fie considerat lege). Pater familias, singurul care are dreptul de a dispune asupra bunurilor familiale, deține, până în primele timpuri ale republicii, libertate testamentară absolută. Șeful de familie, împreună cu toți cei care trăiau sub autoritatea sa (copiii, soția, sclavii în orânduirea sclavagistă) constituiau în fapt o comunitate de muncă în scopul asigurării traiului membrilor ei. Libertatea testamentară deplină oferă șefului de familie un mijloc de a menține unitatea și disciplina grupului familial, având puterea de a pedepsi prin exheredare sau a recompensa prin instituire de erede pe cei care urmau sa-i culeagă moștenirea. În această formă a sa, dreptul succesoral își fundamentează normele pe rațiuni de natură economică, constituind un sprijin pentru supraviețuirea familiei.

C. LEGĂTURA DE SÂNGE. Dreptul pretorian consideră necorespunzătoare reglementarea civilă care nu ține seama de rudenie de sânge și modifică ordinea în care moștenitorii vor fi chemați la succesiune. În prima clasă de moștenitori, stabilită pe cale pretoriană, se regăsesc descendenții (*liberi*), adică atât cei care se află în puterea defunctului, cât și cei emancipați sau dați în adopție dacă nu se mai găsesc în familia adoptivă. A doua clasă de moștenitori se compune din agnați sau *legitimi*, care moștenesc în lipsă de descendenți. Dacă lipsesc și aceștia, în clasa a treia, pretorul instituie rudele de sânge, sau *cognati*. În cele din urmă, dacă nu se găsesc moștenitori din primele trei clase, pretorul va chema la moștenire pe soțul supraviețuitor.¹⁴

Încă din ultima perioadă a republicii, urmare a cuceririlor romane și a bogățiilor nou dobândite, coeziunea familiei nu mai condiționează supraviețuirea membrilor săi, nemaifiind celula de bază a producției de bunuri materiale. Ca o

consecință a acestui fapt, puterea șefului de familie scade iar familia începe să se destrame.¹⁵ În dreptul imperial legătura de sânge începe să fie recunoscută ca fundament al dreptului succesoral prin senatus-consultele Terullian și Orfitian care cheamă mama la succesiunea copiilor și copiii la succesiunea mamei. Prin novelele 118 și 127, împăratul Iustinian pune bazele unui drept succesoral bazat exclusiv pe principiul cogațiunii, chemând succesorii la moștenire în următoarea ordine: descendenții, ascendenții, frații și surorile bune și copiii lor, frații și surorile cosangvini sau couterini și copiii lor, și în cele din urmă, colateralii.

ÎNDATORIREA MORALĂ FAȚĂ DE MEMBRII FAMILIEI. Un vechi obicei roman îndatorează pe testator să lase rudelor apropiate cel puțin o parte din bunurile moștenirii, în considerarea faptului că patrimoniul familial reprezintă rezultatul muncii tuturor membrilor familiei. Această obligație, fiind de natură morală își pierde din eficiență în noile condiții sociale. Precaritatea legăturilor de familie în ultima perioadă a republicii și în vremea imperiului se reflectă în dezmoșteniri scandaloase și instituirii de moștenitori determinate de adulări și corupție.¹⁶

În timp, pentru ca averea familială să rămână în marile familii, în statul roman, practica judiciară cataloghează testamentul prin care defunctul nu lăsa nimic rudelor apropiate ca fiind incompatibil cu cele mai elementare îndatoriri morale – *officium pietatis* - și declară că un astfel de testament nu poate fi decât opera unui nebun. Încă din acea perioadă nebunii erau lipsiți de capacitate testamentară activă, iar testamentele acestora erau considerate nule, devoluțiunea urmând cursul stabilit de lege.¹⁷

Mijlocul procedural prin care se înlăptuia acest lucru era acțiunea rudelor lezate, numită *querela inofficiosi testamenti*. Această acțiune putea fi intentată de ascendenți, de descendenți și de frați și surori, dacă ultimii au fost dezmoșteniți în favoarea unor persoane socotite nevrednice (cum erau considerați gladiatorii, infamii, etc). Având în vedere persoanele care puteau acționa împotriva testamentului prin *querella* nu putem să nu observăm adaptarea vechiului obicei roman la noile fundamente succesoriale. Datorită numărului nefiresc de mare al testamentelor anulate, s-au impus în timp și alte condiții. Astfel apare noțiunea de *quarta legitima* care este o primă formă a rezervei din dreptul nostru. Asemenea rezervei, *legitima* asigură un minim de protecție a moștenitorilor legali, îndrituindu-i la dobândirea a cel puțin un sfert din moștenirea legală ce li se cuvenea. Sancțiunea încălcării acestui drept de moștenire era însă nulitatea testamentului.

În acest fel, testatorul considerat conform criteriilor legii romane perfect capabil de a-și exprima ultima voință era declarat nebun exclusiv datorită conținutului testamentului său, iar actul devenea în consecință nul.

Practica din epoca Dominatului, prin mai multe reforme aduse *querellei*, și, ulterior, reglementările împăratului Iustinian, aduc instituția legitimei aproape de forma actuală a rezervei succesoriale din dreptul românesc, stabilind minuțios clauzele de valabile de dezmoștenire și quantumul acesteia raportat la numărul copiilor. Iustinian

instituie o nouă sancțiune pentru încălcarea rezervei sub forma unei acțiuni personale în completarea acesteia, pentru moștenitorul care, prin testament a primit o parte, indiferent de dimensiunile acesteia, din succesiune. Corelativ completării acestei cote are loc reducăiunea liberalității. Acest mijloc de completare reprezintă un prim pas înspre reglementarea reducăiunii în forma în care se găsește noțiunea în dreptul nostru.

O primă diferență dintre instituția rezervei și legitima romană se manifestă în situația rezervatarului, care, fiind exheredat, trebuie să apeleze tot la *querella inofficiosi testamenti* pentru a fi instituit erede. Se poate deduce din această reglementare că invocând legitima nu se invoca un drept ce decurgea din calitatea de moștenitor ci unul derivat din rudenie. Pentru a se sublinia distincția, în doctrină, dreptul beneficiarului legitimei nu este considerat un drept succesoral propriu-zis – *pars hereditatis* – ci un drept de creanță contra succesiunii – *pars bonorum*.

În dreptul novelor, deși mijlocul la care era îndreptățit succesibilul dezmoștenit este *querella*, efectele acestei acțiuni sunt similare cu cele ale reducăiunii, eredele fiind obligat să respecte toate dispozițiile testamentare (care nu mai sunt sancționate prin nulitate) în limitele cotității disponibile, cu mențiunea că reducăiunea în această formă a sa se realiza prin echivalent. O a doua diferență a fost eliminată în constituțiile imperiale prin extinderea efectelor *querellei* asupra liberalităților *mortis causa* și la donațiile între vii (*querella inofficiosae donationis, dotis, etc.*)¹⁸ în scopul protejării *legitimei*. Deși îndatorirea testatorului (care constituie rațiunea limitării ultimei sale voințe) se baza pe eforturile comune depuse de moștenitorii legali în realizarea patrimoniului, la drepturile obținute prin *querella inofficiosi testamenti* au acces rudele de sânge ale defunctului, care nu au neapărat vreo contribuție la averea familiei. În acest fel se evidențiază încă o dată transferul înregistrat în fundamentarea transmisiunii succesoriale de la considerentele întemeiate pe rudenia agnatică înspre rudenia cognatică, sau de sânge.

Dobândind un simplu drept de creanță, rezervatarul nu mai este considerat continuatorul persoanei defunctului astfel încât obligația sa de a plăti datorile succesiunii este restrânsă la quantumul rezervei sale. Dreptul la rezervă fiind considerat un drept personal și nu unul succesoral era plătit prin echivalent și nu în natură. Dreptul succesoral modern își regăsește într-un fel sau altul originea în normele dreptului roman în ciuda evoluției sociale din cursul ultimelor două milenii.

IV. SISTEMELE DE DREPT CIVIL. DREPTUL FRANCEZ. Reserva legitimă reglementată de Iustinian este adoptată aproape fără modificări în sudul Franței unde se aplică dreptul scris. În celelalte regiuni franceze, de drept cutumiar, instituția rezervei suferă profunde modificări influențate de vechile tradiții germane. Dreptul de dispoziție al testatorului se reduce la a cincea parte din bunurile pe care el însuși le-a dobândit prin moștenire de la antecesorii săi. Reserva profită doar descendenților iar masa succesorală nu cuprinde și liberalitățile făcute în timpul vieții de către defunct.

În doctrina franceză¹⁹ au fost subliniate extrem de elocvent mecanismele celor două sisteme raportat la reglementarea rezervei. Pe de o parte, dacă, transmisiunea succesorală se fundamentează pe considerații de ordin economic sau psihologic, ne aflăm în prezența **modelului succesiunii testamentare**. În consecință, dreptul de a stabili succesorii trebuie atribuit lui *de cuius*. Rezerva limitează o voință care la început constituia o regulă suverană, dar care ulterior este limitată prin *legitima* pentru a nu prejudicia rudele apropiate. Aceasta constituie o excepție de la principiul liberății testamentare, principiu a cărui expresie se restrânge la cotitatea disponibilă. Se subliniază diferențe între calitatea de rezervatar, care derivă din rudenie, și calitatea de succesor, care derivă din voința defunctului. Rezerva prezintă astfel o anumită asemănare cu obligația alimentară, care este cea mai tangibilă expresie a îndatoririlor de familie. Reglementată astfel, instituția a fost preluată în sistemele de drept scris în care dreptul roman prevala. În calitate de creditor al unei obligații de asistență, beneficiarul legitimei era îndreptățit la parte din activul net succesoral, însă într-un fel separat de succesiune: dreptul său are o natură mai degrabă alimentară decât succesorală. Legitima se acorda numai rudelor apropiate (descendenți, ascendenți, și în anumite condiții colateralilor), și care nu o culegeau în calitate de erezi deoarece această calitate aparținea doar celor instituți de către defunct. Ea poartă asupra unei fracțiuni din bunurile dispunătorului, fără a se distinge între bunurile moștenite de acesta de la membrii familiei sale și bunurile achizite – această fracțiune a variat ca întindere, fără însă a depăși jumătate. Legitima purta atât împotriva legatelor cât și împotriva donațiilor.

Pe de altă parte, dacă moștenirea dobândește o justificare familială, fiind considerată un instrument de coeziune familială, rezultă nu doar faptul că **succesiunea legală** va constitui principiul, dar și existența rezervei devine cât se poate de firească. Pentru că moștenirea, ajunsă în mainile unui străin de familie, nu își îndeplinește funcția, legea este cea care trebuie să desemneze succesorii, și asta în mod imperativ. Astfel, în cadrul acestui sistem, departe de a zădărnici principiul transmisiunii patrimoniale, acesta este revigorat: conservarea bunurilor în cercul familial garantează funcția moștenirii, care este aceea de a uni persoanele legate în vreun fel de bunuri. Rezerva devine astfel principiul în vreme ce cotitatea disponibilă reprezintă excepția. Decurge de aici în mod firesc legătura indisociabilă dintre calitatea de rezervatar și cea de moștenitor: rudenia justifică întotdeauna vocația succesorală și caracterul de ordine publică al rezervei. În vechiul drept, în statele de drept cutumiar, rezerva constituia o parte din succesiune – fiind astfel *pars hereditatis* și nu *pars bonorum*. Drept urmare, trăsăturile rezervei cutumiare au fost opuse față de ale *legitimei*. Ea se acorda tuturor moștenitorilor, însă nu se putea pretinde de către renunțatori. Purta doar asupra bunurilor de origine familială, excluzând bunurile achizite, însă cuprinde din acestea patru cincimi. Rezerva protejea moștenitorii numai împotriva legatelor, nu și împotriva donațiilor, însă aceștia dobândesc întotdeauna bunurile în natură.

Modificările dreptului succesoral efectuate după revoluția franceză reprezintă o reacție plină de subiectivism față de vechiul regim al privilegiilor nobiliare.

Codul civil francez de la 1805, elaborat după liniștirea apelor, se inspiră atât din dreptul roman cât și din dreptul cutumiar aplicat în anumite regiuni ale țării utilizând totodată și o anumită doză de empirism în utilizarea mecanismelor provenite din cele două sisteme. S-a subliniat²⁰ că în această reglementare se înscrie între cele trei fundamente principale ale sistemelor precedente, incluzând reglementarea survenită ulterior revoluției: îndatorirea față de familie din dreptul scris, conservarea bunurilor în cadrul aceleiași familii din dreptul cutumiar și o minimă egalitate în ceea ce privește descendenții, câștigată în contextul revoluționar.

Rezerva reglementată în Cod profită descendenților și părinților, protejându-i atât împotriva liberalităților testamentare, cât și celor făcute în timpul vieții de către defunct. Cotitatea disponibilă putea fi lăsată unuia dintre moștenitori. Un aspect interesant îl constituie faptul că în noua reglementare, rezerva succesorală devine parte din moștenire. Rezervatarul poate invoca acest drept numai în calitate de moștenitor, iar dacă renunță la succesiune, fiind considerat un terț străin de moștenire, va pierde dreptul de rezervă. Modificarea caracterului rezervei indică și o schimbare a fundamentului transmisiunii succesoriale. Familia nu mai este organizată sub stăpânirea șefului de familie, iar moștenirea lăsată de acesta nu mai reprezintă conținutul patrimoniului familial la care au contribuit rezervarii. Caracterul de *pars hereditatis* al rezervei reprezintă amprenta dreptului cutumiar asupra Codului civil francez și își are originea în dreptul german care consacra coeziunea familiei. Făcând parte din moștenirea succesorală, rezerva nu mai este un drept de creanță al moștenitorului îndreptățit să o invoce, ci se transformă într-o limitare de ordine publică a libertății testamentare a defunctului.

Situația soțului supraviețuitor prezintă deosebită relevanță în ceea ce privește studiul fundamentelor reglementării succesoriale. Acesta a avut, pentru o lungă perioadă de timp, o soartă vitregă din punct de vedere al moștenirii. Legăturile de sânge, au surclasat legăturile instituite prin căsătorie până la 3 decembrie 2001. De-abia prin reforma succesorală care intră în vigoare la 1 iulie 2002, soțul supraviețuitor dobândește noi drepturi asupra succesiunii. În concurs cu descendenții proveniți din căsătoria sa cu defunctul, soțul poate opta între a culege proprietatea unei părți din averea lăsată și uzufructul întregii moșteniri. În situația în care averea defunctului este de dimensiuni reduse, iar o parte este insuficientă pentru ca soțul supraviețuitor să-și păstreze modul de viață, el poate alege uzufructul moștenirii. Acesta se poate transforma, în orice moment, într-o rentă viageră sau într-o sumă de bani, la propunerea soțului supraviețuitor sau a altui moștenitor, printr-o convenție între aceștia. Transformarea nu va împiedica exercitarea dreptului de abitație asupra casei de locuit. Se asigură astfel o mai mare adaptabilitate la contextul existent în fiecare cauză, în beneficiul direct al soțului supraviețuitor.

Se poate observa de asemenea prioritatea acordată soțului supraviețuitor în raport cu alte rude decât descendenții și părinți. În situația în care defunctul nu lasă nici descendenți nici părinți, soțul supraviețuitor, înlăturând în totalitate colateralii

privilegiați și celelalte clase de moștenitori, este îndreptățit să dobândească întreaga succesiune. Moștenitorii înlăturați nu sunt lipsiți total de drepturi asupra moștenirii defunctului. În cazul în care moștenește singur, soțul supraviețuitor trebuie să returneze fraților și surorilor defunctului jumătate din bunurile moștenite sau dobândite prin donație de acesta de la părinții lor comuni, cu condiția ca aceste bunuri să se regăsească în natură la masa succesorală. De asemenea, este prevăzută situația în care defunctul lasă un singur părinte și alți ascendenți aflați în nevoie. În acest caz, ascendenții ordinari vor avea un drept de întreținere împotriva succesiunii, dacă *de cujus* nu prevede altfel.

La decesul unuia dintre soți, celălalt soț are dreptul să rămână în locuința pe care o ocupa cu titlu de locuință principală la momentul deschiderii succesiunii și să se folosească de mobilierul casnic indiferent dacă respectiva locuință aparținea ambilor soți sau doar celui predecedat. Mai mult, dacă soțul supraviețuitor locuia la momentul decesului în chirie, plata acesteia cade în sarcina moștenirii. Aceste drepturi sunt sustrate în mod expres²¹ aplicării normelor de drept succesoral, fiind considerate efectul direct al căsătoriei. Având izvoare diferite, dreptul temporar de abitație și folosință a mobilei și partea cuvenită cu titlu de moștenire se vor cumula în patrimoniul soțului supraviețuitor. Un nou izvor de drepturi asupra patrimoniului unei persoane la decesul acesteia, relevă un nou fundament al transmisiunii, care a fost denumit în doctrină „afecțiune prezumată”.

Dreptul permanent de abitație prevăzut de Codul francez se poate naște doar dacă defunctul nu a dispus altfel. Pe perioada unui an de la momentul decesului și în aceleași condiții, soțul supraviețuitor își poate exprima opțiunea de a păstra dreptul de abitație, respectiv de folosință a mobilei din locuință pentru întreg restul vieții sale. Acest drept permanent deși izvorăște din succesiune nu-i respectă întocmai regimul general, operând derogări în beneficiul soțului supraviețuitor. Astfel, art. 765, alin. 1, C. civ. Fr. arată că valoarea dreptului de abitație se va deduce din valoarea părții de moștenire cuvenită soțului supraviețuitor. Dacă valoarea părții de moștenire cuvenită soțului depășește valoarea drepturilor de abitație și folosință, moștenirea soțului va fi completată. Dacă însă raportul dintre cele două este invers, soțul supraviețuitor nu va fi ținut la completarea masei succesoriale cu diferența de valoare. Prin convenție cu ceilalți moștenitori, soțul supraviețuitor poate converti dreptul de abitație și dreptul de folosință într-o rentă viageră sau într-o anumită sumă de bani. În dreptul francez, în sarcina succesiunii cade în plus și plata întreținerii soțului supraviețuitor care se află în nevoie. Aceasta este datorată de toți moștenitorii defunctului, și inclusiv de legatarii cu titlu particular, în cazul în care restul moștenirii nu este suficient.

Se poate constata că în general legea franceză prevede posibilități mai largi și soluții diverse pentru soțului supraviețuitor. Dacă însă defunctul apreciază altfel afecțiunea pe care o poartă moștenitorului său, el își poate lipsi soțul de moștenire, acesta beneficiind de o rezervă succesorală de o pătrime numai atunci când la moștenire nu se găsesc ascendenții sau descendenții defunctului.

Modificările aduse exprimă pe de o parte recunoașterea legăturii dobândite prin căsătorie iar pe de altă parte o recunoaștere a aportului comun al soților în acumularea averii familiale, astfel încât prevederile legale crează cadrul juridic în măsură să asigure pe cât posibil soțului supraviețuitor continuitate în ceea ce privește modul de viață. Pe de altă parte, prin consacarea dreptului de rezervă al soțului supraviețuitor numai în lipsa descendenților sau părinților defunctului, se păstrează prevalența legăturii de sânge față de orice alt tip de legături. Progresul înregistrat însă în ceea ce privește soțul există, fără îndoială, și se fundamentează pe afecțiunea prezumată a defunctului.

În ceea ce privește rudele de sânge îndepărtate de soț de la moștenire, prin regimul instituit se evidențiază slăbirea importanței legăturii de sânge, în raport de alte fundamente regăsite în realitatea socială (afecțiunea prezumată, contribuția comună).

Totuși, moștenirea va asigura întreținerea rudei de sânge aflată în nevoie. Pe de altă parte, soțul supraviețuitor chemat singur la moștenire va preda jumătate din bunurile moștenite de de defunct de la succesiunea părinților, rămase în natură, fraților și surorilor soțului precedat. Se menține astfel, deși rezidual, ideea păstrării bunurilor în cadrul familiei cognatice.

DREPTUL ROMÂN. Transmisiunea moștenirii, instituție străveche în dreptul român, apare odată cu „privatizarea” proprietății. Această privatizare se făcea, în faza feudalismului timpuriu, în cadrul obștei, pe cete și mai apoi pe familii, pentru ca doar mai târziu să ajungă să se facă și pe persoane, dobândind un caracter individualist. În orânduirea feudală, transmisiunea proprietății este guvernată de *obiceiul pământului*. Proprietatea trece urmașilor defunctului ca un ecou al solidarității morale a familiei. În vreme ce sistemele feudale occidentale transmiteau proprietatea terenurilor, conform regulii primogeniturii, primului fiu născut, dreptul consuetudinăr românesc atribuie gospodăria părintească mezinului, împărțind celelalte bunuri între frații și surorile sale. Se poate evidenția în acest obicei un fundament diferit de al sistemelor occidentale în care prin regula primogeniturii urmăreau perpetuarea familiei. Având în vedere speranța relativ scăzută de viață, descendenții – în special ultimii născuți – având toate șansele de a rămâne orfani înainte de a reuși să-și creeze un rost, prin această practică părinții se asigură că și mezinul familiei va avea după moartea lor cele necesare traiului. Pe de altă parte, fiind următorul proprietar al gospodăriei, mezinul asigura îngrijirile necesare părinților la bătrânețe. Se poate concluziona că în dreptul român, ca fundament al transmisiunii succesoriale, primează solidaritatea familială.

Pe măsură ce se accentuează procesul de destrămare al sistemului feudal, apare transmisiunea succesorală prin testament, expresie a voinței proprietarului. Într-o primă formă, dreptul de a testa era limitat la cadrul strămt al familiei, respectându-se regula *gignuntur, non scribuntur heredes* (prin naștere devin moștenitori, nu prin înscrisuri). Nevoia păstrării pământului – cea mai importantă parte a moștenirii – în

limitele comunității familiale, făcea ca transmisiunea pentru cauză de moarte să asigure menținerea imobilelor în mâinile urmașilor. De aceea solidaritatea, „în aparență morală, în realitate economică a familiei”²² în această fază, nu permite apariția testamentului în favoarea unui străin de familie.

Cadrul familial al libertății testamentare a fost extins la biserică și la domnul țării, care, în scopul asigurării avutului bisericesc respectiv patrimoniului domnesc, apar ca cei mai mari susținători ai dreptului proprietarului de a dispune de bunurile sale prin actul de voință și în favoarea persoanelor care nu fac parte din aceeași familie. Astfel, într-o primă fază, în lipsă de urmași sau în dorința de a-i exhereda, testatorul dispunea transmiterea dreptului de proprietate bisericii, la moartea sa. Fundamentul religios apare ulterior celui economic în dreptul nostru și este manifestat prin testamente de diverse forme. În paralel cu testamentul în favoarea bisericii, dreptul consuetudinar românesc recunoaște și instituția religioasă numită „partea sufletului”. Cei care își presimțeau sfârșitul, obișnuiau să lase, cu „limbă de moarte” sau „diată”, o parte din avutul lor, fie unei rude, fie unui străin de familie, fie chiar bisericii, pentru a i se asigura cele necesare înmormântării și pomenirii. Biserica însăși veghea la respectarea ultimei voințe a defunctului. Ca mijloc suplimentar de protecție a dispozițiilor testamentare, se întâlnește în cuprinsul actului de ultimă voință, blestemul.²³

În dreptul roman, considerente religioase au făcut ca moștenirea legală să preceadă celei testamentare. Destrămarea vechilor mentalități, a reclamat unele limitări ale libertății de a dispune *mortis causa* – pentru conservarea proprietății familiale. Putem observa că în dreptul român, dezvoltarea libertății testamentare se întemeiază pe aceleași rațiuni, doar că luate în ordine inversă. În dreptul român, succesiunea *ab intestato* a fost cea dintâi practică, pentru a menține bunurile devălmășie în familie. Libertatea de a testa, stimulată de biserică, apare în scopul întreținerii cultului funebru, personal de această dată și nu al familiei.²⁴ Putem realiza prin această comparație importanța pe care contextul social o reprezintă în reglementarea dreptului succesoral.

Izvoarele dreptului român în secolul al XVIII-lea constau atât în legea bizantină sau pravilă, cât și în obiceiul pământului. Pe de o parte, în demersurile românești de codificare se utilizau surse bizantine, iar pe de alta s-a aplicat legea cutumiară sau obiceiul pământului, care deși nu a fost vreodată confirmată de domnitor, niciodată codificată, studiată de învățați sau predată ca atare în academiile vremii prezenta tocmai avantajul transmiterii sale orale, într-o societate în care scrisul nu era la îndemâna oricui. Confrunțați cu neajunsurile unor sisteme legale multiple după jumătatea secolului al XVIII-lea, domnii au luat primele măsuri de unificare a acestora și au procedat la o reforma generală a normelor și procedurilor judiciare. În 1814, înaltul magistrat Andronache Donici a elaborat un nou „Manual de drept civil” – o sistematizare a normelor juridice aplicate – întemeiat pe Basilicale și Obiceiul pământului. Usor de utilizat, el s-a bucurat de o largă folosință până în 1685. Din porunca lui Ion Caragea, întemeindu-se pe legea bizantină, pe lucrarea predecesorului acestuia, dar și pe surse occidentale (Codul civil napoleonian din 1804 referitor la

contracte și moșteniri), juriștii de la începutul secolului al XIX-lea și un Sfat de obște convocat în 1818 au elaborat și aprobat celebra lucrare cunoscută sub numele de Legiuirea lui Caragea, în vigoare până la promulgarea noului Cod civil din 1865. În 1817, Scarlat Calimach a promulgat un cod cuprinzător – Codul Calimach – bazat pe izvoarele tradiționale, dar în mare măsură și pe codurile occidentale. Fiind redactat în limba greacă (abia în 1838 a fost tradus în limba română), a avut o mai restrânsă utilizare.

În Transilvania, s-au impus izvoare cu o largă aplicare în perioada stăpânirii habsburgice: hotărârile dietale (dintre care Articuli novellaris dintre anii 1744-1748 și Articuli provisionalis, 1791-1792), și alte legi civile, penale, financiare și comerciale.

Astfel, dreptul român scris²⁵ în care se disting deja puternice influențe romane a precedat adoptarea în bloc a Codului civil francez. În materie de exheredare și rezervă succesorală, Manualul lui Andronache Doinici, folosit în Moldova până la jumătatea secolului XIX recunoaște ca moștenitori rezervatari pe descendenți și părinți, „iar frații numai dacă cei orânduți de testator sunt netrebnici și necinștiți. Testamentul este nul dacă îi omite pe cei chemați după dreptate la moștenire sau îi omite nemotivat. În Legiuirea Caragea, descendenții și ascendenții sunt rezervatari și nu pot fi dezmoșteniți de cotele expres prevăzute, sub sancțiunea ineficacității parțiale a voinței testatorului. Exheredarea poate avea totuși loc pentru anumite motivele stabilite de legiuitor.

Codul civil preluat în 1865 din dreptul francez a suferit până în prezent puține modificări în materia rezervei succesoriale, acestea privind în principal drepturile de rezervă ale soțului supraviețuitor. În vechea reglementare, Codul civil acorda soțului supraviețuitor un drept de moștenire, dar el era chemat numai după rudele de gradul XII ale defunctului, potrivit art. 652 C. civ., raportat la art. 676 C. civ., întrucât regula care guverna succesiunea era cea a legăturii de sânge. Recunoașterea dreptului de moștenire în acest mod, deși reprezintă un progres teoretic, are extrem de rare aplicații practice. Prin Legea asupra impozitului progresiv pe succesiuni din 28 iunie 1921 a fost modificat, implicit, art. 676 C. civ., limitându-se la patru gradul până la care rudele defunctului aveau vocație succesorală legală, așa încât soțul supraviețuitor venea la moștenire după rudele de gradul IV ale defunctului. Totodată, prin art. 1279 C. civ. se recunoștea soției supraviețuitoare dreptul de a cere, pentru cursul anului de doliu, fie dobânzile ori fructele dotei sale, fie alimente din succesiunea defunctului. De asemenea, în cursul anului de doliu, locuința și hainele de doliu ale soției supraviețuitoare erau procurate din succesiunea defunctului. Prin excepție, legiuitorul de la 1864, prin art. 684 C. civ., a recunoscut văduvei sărace un drept de moștenire asupra averii soțului. Astfel, în cazul în care la succesiune veneau descendenții, văduva săracă avea un drept de uzufruct asupra a 1/3 din moștenire, dacă venea în concurs cu un singur descendent, sau asupra unei porțiuni virile (o parte egală cu cele atribuite descendenților) din moștenire, dacă venea la moștenire în concurs cu doi sau mai mulți descendenți. „Dreptul de moștenire recunoscut prin

art. 684 C. civ. văduvei sărace în averea soțului său nu este condiționat de o stare de sărăcie absolută care ar lipsi-o de orice mijloace materiale, ci de o stare de sărăcie relativă care nu i-ar permite continuarea traiului în condiții cât mai apropiate de acelea din timpul căsătoriei, stare de sărăcie care tocmai din această cauză urmează să fie examinată în fiecare caz, în raport cu felul de viață al soților, cu starea lor socială și cu averea bărbatului”²⁶. Dacă analizăm condițiile acestui drept de moștenire, asigurarea continuității traiului nu exprima neapărat o recunoaștere a legăturii matrimoniale. Protecția asigurată prin art. 684 îi este destinată exclusiv femeii care în urma morții soțului său își vede substanțial modificat modul de viață, întrucât forța economică a familiei era încă asigurată de bărbat. Un argument în plus poate fi considerat faptul că văduva săracă nu avea drept de rezervă. Prin Legea din 21 decembrie 1916 s-a recunoscut văduvelor de război un drept de moștenire în plină proprietate, care era de o treime în caz de concurs cu un descendent, de o pătrime dacă venea în concurs cu doi sau mai mulți descendenți, de jumătate din succesiune dacă venea în concurs cu ascendenții și colateralii, iar în lipsa rudelor în linie directă de orice grad și a rudelor colaterale ale defunctului până la gradul XII (gradul IV, după adoptarea Legii privind impozitul progresiv pe succesiuni din 28 iulie 1921), soția supraviețuitoare moștenea întreaga avere. Totodată, legea prevedea că aceste drepturi ale soției nu se puteau exercita decât asupra cotității disponibile, dacă venea în concurs cu moștenitori rezervatari. De asemenea, legea prevedea un drept de abitație în cazul în care succesiunea nu trecea de 10.000 lei și când cuprindea și o casă. De asemenea, văduva de război nu era rezervatară. Prin Legea nr. 609 din 1 iulie 1941 s-a recunoscut văduvelor de război un drept de moștenire în plină proprietate egal cu o parte de copil, dar fără a depăși 1/3 din succesiune, atunci când venea la succesiune în concurs cu descendenții, și de 1/2 din succesiune, dacă vine în concurs cu ascendenții sau colateralii privilegiați. În absența acestor moștenitori, văduva de război moștenea întreaga avere.

În prezent, în România, drepturile soțului supraviețuitor sunt reglementate de prevederile Legii 319/1944, care îmbunătățește situația acestuia²⁷, conferindu-i în plan juridic un statut mai aropiat de cel pe care îl ocupa deja în plan social. Conform reglementărilor actuale, soțului supraviețuitor îi sunt recunoscute trei categorii de drepturi: drepturi de moștenire proprii în concurs cu fiecare clasă de moștenitori, care îi conferă deplina proprietate asupra unei cote-părți din moștenire și sunt calculate în funcție de clasa și gradul moștenitorilor cu care vine în concurs; un drept special de moștenire asupra mobilelor și obiectelor ce aparțin gospodăriei casnice și asupra darurilor de nuntă; dreptul temporar de abitație asupra casei de locuit. Alte particularități specifice moștenirii soțului supraviețuitor se pot observa în materie de rezervă, respectiv la calcularea ei, precum și în situația special reglementată de art. 939 C.civ., când există un copil dintr-o căsătorie precedentă.

Deși ordinea și componența claselor de moștenitori și principiile devoluțiunii succesoriale nu diferă de cea prevăzută de noul sistem francez, acestea operează identic doar în lipsa unui soț supraviețuitor. În dreptul francez, soțul împiedică accesul

ultimelor două clase de moștenitori la succesiune. În privința naturii juridice a dreptului de a moșteni mobilele și obiectele gospodărești, în prezent este adoptată teoria dreptului de moștenire legală cu destinație specială. Dintre efectele acestei teorii, notabilă și favorizabilă soțului supraviețuitor, este separarea acestor bunuri de masa de calcul din care se determină rezerva. Ca o consecință, chiar în situația limită în care soțul precedat nu are altă avere decât bunurile prevăzute de art. 5, ceilalți moștenitori îndreptățiți nu vor putea opune dreptul lor de rezervă.²⁸ Transferul art. 5 din Legea 319/1944 la art. 988 al Proiectului de cod civil îndreptățește soțul supraviețuitor la mobilierul și obiectele de uz casnic care au fost afectate folosinței comune a soților fără a menționa darurile de nuntă. Legea recunoaște așadar soțului supraviețuitor dreptul de a-și menține pe cât posibil modul de viață, chiar dacă la un nivel mai scăzut decât în dreptul succesoral francez.

Legea nr. 319/1944 recunoaște soțului supraviețuitor un drept de moștenire legală în concurs cu oricare dintre clasele de moștenitori legali și în lipsa rudelor din cele patru clase (art. 1), inclusiv un drept de rezervă succesorală în concurs cu oricare din clasele de moștenitori legali și în lipsa rudelor din cele patru clase (art. 2), un drept de moștenire special asupra mobilelor și obiectelor aparținând gospodăriei casnice și asupra darurilor de nuntă (art. 5) atunci când nu vine în concurs cu descendenții defunctului, precum și un drept temporar de abitație asupra casei de locuit (art. 4). Totodată, prin art. 3 din Legea nr. 319/1944, soțul supraviețuitor este obligat să raporteze donațiile primite de la soțul decedat atunci când vine în concurs cu descendenții acestuia. Cu toate că nu este rudă de sânge cu defunctul calitatea de moștenitor legiuitorul recunoaște prin noile reglementări importanța legăturii derivate din căsătorie.

Criticile aduse sistemului codului civil din 1864, datorate inechitabilității ce se crea față de soțul supraviețuitor, de necesitatea de a se ține seama de afecțiunea existentă între soți, la fel de puternică în principiu ca și cea dintre rudele de sânge, au determinat intervenția legiuitorului din 1944 care a introdus Legea nr. 319, prin care s-au acordat soțului supraviețuitor noi drepturi succesoriale. În ciuda reglementărilor care îmbunătățesc soarta soțului supraviețuitor, legătura de sânge pare a-și păstra importanța în dreptul român, fapt care se poate deduce inclusiv din tehnica de reglementare care fără a institui un sistem în care să fie cuprins soțul supraviețuitor, se multumește să adauge noi reglementări sistemului existent. Având în vedere că este vorba despre legiuitorul din 1944, concluzia trebuie să fie cea a creșterii importanței legăturii matrimoniale.

Cea mai nouă măsură legislativă în dreptul român este Legea de modificare a Codului civil. În Expunerea de motive adoptată la 11 martie 2009 se spune despre normele Codului civil că ele răspund unor nevoi concrete și, în același timp, tind să vină în întâmpinarea dinamicii vieții sociale. Din următorul paragraf aflăm însă că principiile care guvernează raporturile dintre oameni sunt, în esența lor aceleași. Tocmai de aceea, un cod civil oferă, prin excelență, principii de drept constante, în

jurul cărora se structurează orice tip de societate, indiferent de timp și spațiu. Ne plasăm așadar, în mod oficial, în spațiul caragialianesc. Progresul sesizabil înregistrat de Codul civil²⁹ în materia rezervei succesoriale, se situează mai degrabă în plan teoretic.

În primul rând, raportat la cele două tipuri de moștenire, se poate observa o opțiune mai clar exprimată în art. 955, alin. 1, care prevede că *“patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament”*. Subsidiaritatea moștenirii legale față de moștenirea testamentară dobândește astfel consacrare legală expresă. Cu toate că această modificare este una binevenită, valoarea sa rămâne una de ordin formal.

Un al doilea element de noutate ar fi definiția dată rezervei. Conform art. 1.086 *„rezerva succesorală este partea din bunurile moștenirii la care moștenitorii rezervatari au dreptul, în virtutea legii, chiar împotriva voinței defunctului, manifestată prin liberalități ori dezmoșteniri”*. Așadar, rezerva dobândește caracter de *pars bonorum*. Art. 1.102 alin. 2 prevede că *„legatarul chemat la moștenire și ca moștenitor legal își va putea exercita opțiunea în oricare dintre aceste calități”*. Se poate nota așadar o delimitare între drepturile dobândite în temeiul rezervei succesoriale și dreptul de moștenire și o tendință înspre modificarea regimului rezervei. Pentru o reală actualizare a instituției ar fi însă de o modificare cu mai multe implicații practice.

VI. SISTEMELE DE COMMON LAW. EVOLUȚIE ISTORICĂ. Primele forme ale devoluțiunii succesoriale în sistemele de drept anglo-saxon pornesc de la regula primului născut, în linie masculină. Fiul cel mare devenea la moartea tatălui proprietarul terenurilor lăsate de acesta. Este prefeată inegalitatea în fața cotelor egale de moștenire, întrucât ea presupune o șansă în plus ca unul din descendenți să mențină, prin averea strânsă, linia familiei pentru un timp cât mai îndelungat. Regula primogeniturii nu își are izvorul în dreptul cutumiar anglo-saxon ci este atribuită cuceritorilor nordici. Până la sfârșitul domniei lui Henry II, regula se aplica doar militarilor, urmând a fi extinsă ulterior tuturor proprietarilor. Până în perioada domniei lui Edward I (1272 - 1307), dacă primul născut era precedat, însă lăsase cel puțin un descendent în linie masculină, acesta avea să culeagă moștenirea bunicului său, înlăturându-și unchii, frați mai mici ai tatălui său.

Instanțele de common law, întemeindu-se pe regula *solus Deus heredem facere potest, non homo* (doar Dumnezeu, nu omul, poate institui un moștenitor) nu recunosc libertatea de a testa. Pentru a ocoli această cutumă, părintele apela la înstrăinarea bunurilor sale din timpul vieții și se supunea la toate dificultățile practice care urmau vânzării. În paralel, celelalte bunuri cădeau în competența instanțelor ecleziastice, care recunoșteau și încurajau întocmirea testamentelor. Instanțele bisericești aplicau *legitima* romană fără a deosebi între descendenții după criteriul de sex sau vârstă.

Regula primului fiu, deși în general nepopulară, este menținută până în secolul XIV. În această perioadă se dezvoltă în practică o nouă instituție similară uzufructului. Aceasta permitea practic testatorului să lipsească pe primul său fiu de

moștenirea sa printr-o dispoziție care transmitea unui terț „uzufructul” imobilelor moștenirii. Cu toate că dreptul anglo-saxon nu cunoștea acest drept, instanțele puteau să-i recunoască efectele. Până la începutul secolului XVI cea mai mare parte a teritoriilor engleze erau deținute astfel. Transmisiunea succesorală a „uzufructului” eluda în același timp regula primului născut și taxele feudale.³⁰ În 1536, Henry al VIII-lea, lipsit de o considerabilă sursă de venit, exercită presiuni asupra Parlamentului, care emite o lege – *The Statute of Uses* – prin efectele căreia se revine la situația anterioară: Regele primește taxele iar primul născut dobândește deplina proprietate a imobilelor. Nemulțumiți de restrângerea libertății testamentare atât de ingenios câștigată, marii proprietari de terenuri exercită la rândul lor presiuni asupra Parlamentului, astfel încât, în 1540 este adoptat *The Statute of Wills*, act normativ prin care se recunoaște dreptul proprietarului de a dispune liber asupra imobilelor pentru cauză de moarte, cu excepția unei treimi din terenuri urmașilor defunctului. În 1660, prin modificarea acestui Statutului, testatorul dobândește libertate deplină.

În ceea ce privește devoluțiunea succesorală a mobilelor, limita impusă de *legitima* de origine romană cade în desuetudine. Până la finalul secolului XVII, fără a fi recunoscută prin act normativ, libertatea testamentară în ceea ce privește bunurile mobile devine absolută. S-a argumentat că un rol determinant în lupta proprietarilor de terenuri pentru libertatea testamentară absolută a fost jucat atât de dorința de a asigura bunăstarea tuturor descendenților cât și de a putea înlătura pe primul născut de la moștenire.³¹ Și în dreptul anglo-saxon se poate identifica într-o primă fază importanța familiei, care trebuia să supraviețuiască prin fiul cel mai mare, chiar cu sacrificiul celorlalți copii. Ulterior crește importanța individului care poate dispune de proprietate independent de orice considerente familiale.

Libertatea testamentară absolută este respectată și în coloniile Britanice din America, iar până în anul 1800, acestea abrogă regula primului născut și pentru moștenirea legală, incompatibilă cu forma republicană de guvernământ.

REGLEMENTARE ACTUALĂ. În Anglia, Țara Galilor, Noua Zeelandă, Australia și unele regiuni ale Canadei funcționează, în domeniul succesoral, așa-numitul sistem al „întreținerii familiale”. Acest sistem menține libertatea absolută a testatorului de a dispune de bunurile sale pentru cauză de moarte, însă acordă instanțelor judecătorești autoritatea de a proteja membrii familiei, cenzurând efectele unui testament care nu conține „dispoziții financiare rezonabile”, prin instituirea de astfel de dispoziții. Familia dobândește în contextul englez noi dimensiuni întrucât cuprinde soțul supraviețuitor, descendenții, partenerul cu care defunctul trăia, fostul soț care nu s-a recăsătorit, „copilul familiei” (*child of the family*), crescut de către defunct, fără a exista vreo legătură de rudenie, și orice persoană care la momentul morții depindea financiar de *de cuius*. Prin stabilirea persoanelor care au dreptul la parte din moștenirea defunctului, sistemul englez de transmisiune succesorală se bazează pe legătura emoțională, afectivă, dedusă din coabitare.

În Australia, pentru soluționarea cererii, instanța trebuie să țină seama de contribuția solicitantului la achiziționarea, conservarea sau îmbunătățirea proprietății defunctului; de caracterul și comportamentul solicitantului înainte și după moartea testatorului; precum și de circumstanțe existente înainte și după moartea lui *de cujus*. În cele din urmă, curtea poate analiza orice alt aspect și se aduce în atenție și considerat a fi relevant. Dreptul de a fi chemat la moștenire ține așadar, în sistemul de *common law*, de rolul, afectiv sau economic, pe care o persoană îl joacă efectiv în viața testatorului, fără a prezenta importanță covârșitoare relațiile de rudenie. Astfel, în lipsa testamentului, regulile de moștenire legală vor atribui bunurile defunctului rudelor sale apropiate, în considerarea afecțiunii prezumate care le leagă de defunct, iar în prezența unui act de ultimă voință, testatorul poate răsturna această prezumție și odată cu ea sarcina probei. Moștenitorul prezumtiv (calitate necesară la contestarea testamentului) este în sistemul anglo-saxon cel care trebuie să facă dovada nedreptății căreia i-a căzut victimă.

Prin comparație cu aceste reglementări, nu putem să nu observăm folosirea improprie a noțiunii de „prezumție de afecțiune” în dreptul nostru. În cazul în care testatorul instituie un legatar universal, contrazicând direct această prezumție, va fi suficient ca rezervatarul să accepte moștenirea pentru a reduce efectele voinței defunctului. Considerăm că în aceste condiții este vorba mai curând de o „obligație de afecțiune”. Ca un dezavantaj al sistemului anglo-saxon se prezintă faptul că judecătorul devine un „testator surogat”, ajustând voința testatorului real la situația familială. Rolul extrem de important al instanței în devoluțiunea succesorală presupune o perspectivă aproape vizionară, greu de format pe durata unui proces.

Ca și cum nu ar fi suficientă dificultatea analizei într-un timp relativ scurt a motivelor adunate pe parcursul unei vieți de către testator, practica judiciară din diferite state supuse sistemului succesoral bazat pe întreținerea familială acordă în unele cazuri drepturi asupra moștenirii chiar și unor succesori al căror comportament condamnabil în relație cu defunctul este de notorietate.³² Independent de calificarea acestor practici, ele denotă un transfer de putere în ceea ce privește anumite succesiuni, de la testator către instanța care deține informații limitate cu privire la faptele relevante care au dus la decizia dezmoștenirii uneia dintre rudele apropiate. Totuși nu se poate ignora libertatea testatorului de a alege persoanele pe care dorește să le răsplătească sau sancționeze prin legat.

În sistemul normativ american, condițiile economice, viața politică și modul de relaționare socială reflectă desprinderea de instituția familiei, care conferă individului o identitate de grup, prin recompensarea efortului și succesului personal.³³ Individualizarea dreptului de proprietate merge până la instituirea unui regim matrimonial separatist. Regula, în lipsă de dispoziții contrare prevede că bunurile, deși obținute în timpul căsătoriei, aparțin individului care deține titlul. Acest regim corespunde climatului social al republicii americane din secolul XIX. Prin expansiunea către vest averea individului înregistrează o creștere substanțială. Femeile devin tot

mai independente din punct de vedere financiar determinând și o creștere a numărului divorțurilor. În aceste condiții, individului trebuia să-i fie protejat dreptul de proprietate asupra averii sale atât în timpul căsătoriei, cât și după moarte.

În Statele Unite, regula în ceea ce privește dreptul succesoral este libertatea absolută. Părintele poate dezmoșteni un descendent, chiar minor, pentru orice motiv sau chiar fără a avea unul. În anumite jurisdicții se impune condiția ca exheredarea să fie expres prevăzută în actul de ultimă voință a testatorului. Copilul născut sau adoptat ulterior elaborării testamentului, sau un alt descendent care nu este menționat de defunct va putea solicita în instanță o parte din moștenire, fără a avea însă vreun drept de rezervă. Libertatea testamentară absolută nu exclude dreptul moștenitorului prezumtiv de a contesta testamentul după momentul deschiderii succesiunii. Scopul contestării actelor de ultimă voință este mult restrâns față de contestarea de proveniență engleză, constituind mai mult un mijloc de protecție al libertății voinței exprimate de defunct decât un mijloc de protecție al rudelor sale. Rațiunile și mijloacele juridice puse la dispoziție de sistemul nord-american includ doctrina elaborată pe marginea *undue influence* (instituție similară prezumției de captație și sugestie și insanității de spirit din dreptul român), fraudă, violența și execuția neregulile întâlnite în execuția testamentară.

Unii autori susțin că istoria *querellei* se repetă întocmai prin mijlocul noii instituții, *undue influence*, acordând judecătorilor puterea de a lipsi de efecte dispozițiile testamentare în măsura în care tind să încalce drepturile „naturale” ale moștenitorilor.³⁴ O opinie contrară susține că prin contestarea testamentelor întocmite în condițiile *undue influence* se evidențiază încă o dată respectul profund pe care concepția liberală îl poartă liberului arbitru.³⁵ Efectul contestării dispozițiilor testamentare pe motivul alterării voinței testatorului nu trebuie exagerat întrucât cazurile în care moștenitorii prezumtivi utilizează acest mijloc juridic sunt extrem de rare. Pe de altă parte testatorul își poate proteja dispozițiile *mortis causa* preconstituind probe ale capacității sale în scopul utilizării acestora într-un eventual proces sau prin includerea unei clauze de necontestare în cadrul testamentului.

FUNDAMENTELE LIBERTĂȚII TESTAMENTARE ABSOLUTE. Un prim fundament al libertății testamentare s-a identificat în dreptul natural. John Locke și Hugo Grotius susțin faptul că testatorii, fiind cei care au agonisit averea, au un *drept natural* să determine liber soarta ei la moarte. Raportat la această susținere se poate observa foarte ușor cum diferențele de ordin istoric, social, economic determină diferențe esențiale de concepție. „Natural” în sistemele de drept civil este dreptul rudelor de a fi chemate, una la moștenirea celeilalte.

O altă părere susține că libertatea absolută de a testa se fundamentează pe *rațiuni de ordin economic*. Pentru testator, dreptul de a decide cum va fi folosită proprietatea după moartea sa reprezintă un factor care susține și susține motivarea de a acumula bunuri – la începutul vieții acumulează pentru a-și asigura cele necesare traiului, însă la finalul vieții, pt a lăsa moștenire viitoarelor generații.³⁶ Libertatea

testamentară încurajează inițiativa individuală, investițiile și asigurarea unor fonduri de rezervă.³⁷ Părerea este combătută prin evidențierea faptului că o persoană care dorește să ofere un sprijin viitoarelor generații nu se va opune în mod necesar instituției rezervei succesoriale sau întreținerii familiale. Or, avantajul oferit de reglementarea SUA este tocmai faptul că testatorul își poate lăsa averea moștenitorilor în mod inegal. În această opinie, rațiunea libertății testamentare trebuie căutată în *individualismul american*. Americanii dețin o lungă tradiție în opoziția față de restrângerea libertăților personale. Legea trebuie să respecte acest individualism chiar și cu privire la exheredarea unui moștenitor. În această concepție rămâne de explicat protecția oferită soțului supraviețuitor, în privința căruia exista o limită a dezmoștenirii. Acest lucru se realizează fie prin acordarea unei cote de moștenire soțului supraviețuitor, fie prin stabilirea comunității de bunuri a soților astfel încât jumătate din bunurile familiei să aparțină automat soțului supraviețuitor, în considerarea contribuției sale la acumularea proprietății familiale. În consecință, și acest fundament se dovedește a fi insuficient.³⁸

Un alt element în fundamentarea libertății testametare a fost considerat *capitalul uman*. S-a arătat că natura transmisiunii succesoriale a suferit modificări din sec XIX când averea moștenită consta în ferma sau firma familiei. În secolul XX se investește în educația copiilor, care reprezintă un efort financiar substanțial. Se consideră că prin asigurarea educației, părintele și-a făcut datoria de a acorda o parte din averea sa copilului, care dobândește prin educație și un mijloc de a-și asigura existența, fapt pentru care nu se mai poate plânge dacă este dezmoștenit. Investițiile în capitalul uman devin în această concepție o nouă formă de transmitere a averii. În plus, nu trebuie scăpat din vedere faptul că *speranța de viață* a crescut odată cu dezvoltarea tehnică și noile cuceriri științifice, astfel încât o bună parte din averea părinților se consumă în anii de pensie datorită costurilor pe care le presupune îngrijirea. Într-o perspectivă mai largă s-a arătat că speranța de a moșteni constituie un mijloc prin care se asigură *solidaritatea familială* între generații. Părintele poate răsplăti copilul care i-a asigurat suportul în ultima parte a vieții sale. Importanța acestei funcții a libertății testamentare este în creștere în Statele Unite datorită unor rațiuni demografice. Datorită îmbunătățirilor înregistrate în sistemul medical, perioada de viață a persoanei crește. Pe de altă parte, datorită numărului de nașteri survenit ulterior celui de-al doilea război mondial (fenomen cunoscut ca „baby boom”) procentul persoanelor trecute de 65 de ani va crește dramatic în anii imediat următori. În recunoașterea acestei situații, Organizația Națiunilor Unite a supranumit anul 1999 „Anul vârstnicilor”. Acest segment de populație va avea nevoie de îngrijirea și suportul care este întotdeauna accesibil din punct de vedere financiar. Alternativa oferită de casele de bătrâni nu este preferată de mulți americani, deoarece nu prezintă confortul psihic și social specific cadrului familial.³⁹

Diferența majoră în fundamentarea transmisiunii succesoriale în dreptul anglo-saxon rezidă în cele din urmă în „lipsa tradiției” care să lege transmisiunea succesorală de asigurarea supraviețuirii familiei sau membrilor acesteia cu posibilitatea încurajării – pe acest fond – a unui sistem centrat pe meritocrație și libertate individuală.

VII. SISTEMELE MIXTE. QUÉBEC. Dreptul succesoral din Québec derivă din dreptul cutumiar parizian însă împrumută principiul britanic al libertății testamentare absolute. În 1991 este adoptat un nou Cod civil, intrat în vigoare în 1994, finalizând astfel reforma începută în anul 1955. În urma unei atente analize a libertății testamentare și fundamentelor sale, legiuitorul canadian se ferește a prelua instituția rezervei caracteristică sistemelor de drept civil, însă nu poate fi mulțumit nici de alternativa oferită de sistemul de common law sub forma obligației de întreținere. La începutul secolului XX încep să se facă auzite voci care susțin restrângerea libertății testamentare. Deși dreptul de a stabili soarta bunurilor după moarte este considerat în doctrina majoritară corolarul dreptului de proprietate a oricărei persoane, se ridică semne de întrebare în ceea ce privește moralitatea posibilității unei persoane de a-și dezmoșteni soțul și copiii în favoarea unui străin. La moartea testatorului, soțul supraviețuitor se găsea adesea înlăturat de la moștenire. Întrucât această consecință afecta mai ales soțiile supraviețuitoare se consideră necesară instituirea unor instituții care să protejeze văduvele și copiii acestora. Se identifică astfel nevoia unei noi reglementări în domeniul succesoral, care să limiteze ”abuzurile” testatorilor.

O primă problemă s-a ridicat în ceea ce privește alegerea mijlocului juridic potrivit în scopul asigurării protecției familiale. Recomandările Comisia pentru modificarea Codului civil – Civil Code Revision Office acordate în urma efectuării unui studiu temeinic al mijloacelor din dreptul comparat de a restrânge libertatea testamentară se materializează prin prezentarea a două instituții alternative. O opțiune consta în instituirea unei rezerve a soțului supraviețuitor, cu stabilirea cuantumului în funcție de existența sau lipsa descendenților lăsați de testator. Legiuitorul canadian a găsit însă nepotrivită instituția de drept civil, întrucât aceasta oferă dreptul la o parte din moștenire anumitor persoane, fără a lua în seamă circumstanțele economice sau familiale.

A doua variantă era menținerea obligației de întreținere a defunctului în sarcina succesiunii, mai ales în ceea ce privește obligația care beneficiază descendenților sau soțului. Fiind o instituție de *common law* ar fi alterat într-o mai mică măsură reglementările existente în Québec la acea dată, prezentând în același timp și avantajul de a nu se aplica tuturor succesiunilor. Totuși menținerea obligației de întreținere aduce după sine marele dezavantaj de a implica instanțele de judecată în realizarea devoluțiunii succesoriale.

O altă problemă privește identificarea moștenitorilor care sunt într-adevăr îndreptățiți la o asemenea protecție. Majoritatea grupurilor sociale consultate se opun instituirii unei rezerve în beneficiul descendenților, argumentând că aceștia nu au nici un fel de drept asupra proprietății părinților în Québec. De asemenea, copiii pot să apeleze la sprijinul părintelui supraviețuitor, astfel încât necesită un grad de protecție legală redus. Se consideră pe de altă parte firească îndreptățirea soțului supraviețuitor la dobândirea proprietății defunctului la moarte. Patrimoniul dobândit în timpul căsătoriei este recunoscut a fi efectul contribuției ambilor soți. Pornind de la

această premisă, dacă legiuitorul ar fi acordat soțului supraviețuitor un drept asupra moștenirii soțului decedat, ar fi provocat diferențe nejustificate între drepturile soților în situația încetării căsătoriei prin decesul unui soț și cazul desfacerii căsătoriei prin divorț, întrucât, dreptul familiei prevedea în Québec posibilitatea alegerii între diferite regimuri matrimoniale.

În consecință, o cale mult mai justă în soluționarea situației soțului supraviețuitor la încetarea căsătoriei prin deces se prezintă sub forma unui act normativ, introdus în anul 1989, care prevede obligativitatea regimului comunității de bunuri a soților, și menținerea obligației de întreținere și după deces, dacă aceasta profită fostului soț, soțului supraviețuitor și rudelor în linie dreaptă de gradul I, cu condiția a fi solicitată de titularul aflat în nevoie în primele 6 luni imediat următoare decesului.

Se impun două observații. În primul rând, în parcursul individualizării proprietății, se ajunge de la familie la un singur membru al său, la titularul dreptului de proprietate. Acesta este singurul care are putere asupra bunurilor sale – ceilalți pot solicita suportul financiar numai dacă ei înșiși nu dispun de mijloacele necesare traiului. Instanța se pronunță exclusiv asupra stării de nevoie a solicitantului, fără a lua în calcul dimensiunile masei succesoriale. Quantumul pensiei va fi stabilit de asemenea raportat exclusiv la nevoia titularului.

În al doilea rând, stabilind regimul comunității de bunuri a soților, se obține un efect similar rezervei, respectiv limitarea indirectă a libertății testamentare, întrucât masa succesorală va cuprinde doar bunurile rămase după ce soțul supraviețuitor va primi jumătate din bunurile comune. Legiuitorul alege așadar un mijloc de dreptul familiei și consideră că această restricție este suficientă.

LOUISIANA. Louisiana a intrat pentru prima dată în contact cu edictele, ordonanțele și cutumele franceze prin intermediul comercianților între 1712 și 1717. Acestea au rămas în vigoare până în 1731 când teritoriul Louisianei a devenit colonie regală. La presiunile exercitate de coloniști asupra guvernului pentru recunoașterea muncii pe bază de sclavie, se adoptă *Code Noir* – „Codul Negru” – în anul 1724. Alături de cadrul juridic extrem de detaliat privind instituția sclaviei, cu includerea unor prevederi detaliate privind religia, întreținerea, controlul, judecarea, statutul, și modurile de dobândire a acestui statut sau de emancipare, *Code Noir* oferă și o primă lecție de reorganizare și structură normativă.⁴⁰ Acesta este doar unul dintre actele normative franceze care au rămas în vigoare chiar după cesiunea teritoriului în favoarea Spaniei, în 1763. Abia în anul 1769, dispozițiile dreptului francez au fost înlocuite de legile și instituțiile spaniole, care aveau și ele la bază dreptul roman.

În anul 1803, Franța a devenit din nou suveran al teritoriului american, însă doar pentru o scurtă perioadă de timp (20 de zile) înainte ca Louisiana să devină unul dintre Statele Unite ale Americii. La finalul guvernării spaniole, în Louisiana se aplicau unsprezece coduri diferite cu multe prevederi contrare. Datorită confuziei juridice, încep aproape imediat presiuni în sensul adoptării sistemului de common law. Totuși, sistemul de drept civil era deja prea adânc înrădăcinat în societatea din

Louisiana, astfel încât, puterea legislativă a statului desemnează un comitet format din doi specialiști pentru a pregăti o compilație de norme de drept civil în scopul aplicării lor în teritoriul Orleans-ului. Rezultatul acestui demers a fost instituirea unui sistem de drept bazat în marea lui majoritate pe Codul civil francez de la 1804, iar în rest, pe instituțiile spaniole. În 1825 se adoptă Codul civil al Louisianei, elaborat în și mai mare măsură pe baza Codului francez.

Relația strânsă dintre cele două sisteme de drept devine și mai evidentă pe măsură ce Institutul legal din Louisiana se „adoptă” marii doctrinari francezi. În 1959 se finalizează primul proiect prin traducerea în limba engleză a primului *Tratat elementar de drept civil*, al lui Marcel Planiol. Au urmat și *Cursul de drept civil francez* – Charles Aubry – și *Metode de interpretare și sursele dreptului privat pozitiv* – François Geny.

În ceea ce privește dreptul succesoral, în Louisiana se aplică dreptul civil, de origine europeană, cu respectarea instituției rezervei. Reforma din 1995 limitează atribuirea dreptului de rezervă la copiii care nu au împlinit 24 de ani și la cei cu infirmități permanente sau care riscă dobândirea acestui fel de infirmități în viitor datorită unei boli ereditare incurabile.⁴¹ Reforma legislativă prin care rezerva succesorală nu profită descendenților majori și a căror sănătate nu este în pericol a provocat reacții puternic dezaprobatore. S-a susținut că „Rezerva succesorală, instituție testată de-a lungul timpului, rămâne o politică socială actuală, întrucât contribuie la menținerea și întărirea instituției familiei, reamintind părinților de obligațiile sociale ce le incumbă și reunește membrii unei familii de-a lungul vieții și mai departe.”⁴² Un alt autor, referindu-se la abrogarea prevederilor privitoare la rezervă în Louisiana o asociază cu ”slăbirea legăturilor de rudenie, dragoste și prietenie”⁴³

Într-adevăr, legăturile de familie și de rudenie sunt fundamente ale rezervei succesoriale din sistemul francez de drept, însă identificarea acestor legături cu efectul rezervei succesoriale ni se pare eronată. Deși rezerva succesorală nou instituită se fundamentează mai degrabă pe nevoia ridicată de protecție a unor moștenitori decât pe instituția familiei, nu se poate susține că legăturile de familie, sau mai mult, sentimentele de dragoste și prietenie ar fi lezate în lipsa rezervei. Din contră, un testament întocmit de defunct poate să le pună mai bine în valoare, deoarece – nu trebuie să uităm – testamentul poate avea ca efect o simplă modificare a cotelor prevăzute de lege. În ceea ce ne privește, considerăm sistemul din Louisiana ca pe unul inspirat, derivat din experiența directă a ambelor extreme și adaptat vremurilor.

VIII. TENDINȚE ACTUALE. Datorită diferențelor sociale, culturale, economice și religioase, o comparație a sistemelor succesoriale de drept este adesea percepută a avea valoarea unui simplu exercițiu intelectual lipsit însă de finalitate. În ceea ce privește dreptul familiei pe de altă parte, această concepție, în oarecare măsură conservatoare, s-a modificat⁴⁴, după cum se poate vedea analizând rezultatele studiului efectuat de Comisia Europeană a Dreptului Familiei.⁴⁵ Studiile realizate de

Comisii sunt revelatoare și raportat la impactul dezvoltării socio-culturale și socio-economice, care se regăsesc în mai multe state europene. Ținând seama de strânsa legătură dintre modificările evoluției instituției familiei și consecințele acesteia în dreptul succesoral, nu putem nega relevanța deosebită a acestui studiu în domeniul care face obiectul demersului nostru.

În cuprinsul Raportului General pentru cea de-a șasea Conferință europeană de dreptul familiei⁴⁶ privind protecția familiei în domeniul succesoral, se identifică o importantă modificare a modelului succesoral al secolului XIX. Autorul arată că în secolul XIX dreptul succesoral se întemeia pe descendența lineară, în scopul de a menține valorile achiziționate în cadrul familial. Soțul supraviețuitor și copilul din afara căsătoriei, fiind considerați „străini” familiei, nu puteau veni la moștenire. Se subliniază de asemenea că dreptul succesoral era aplicat (și în consecință destinat) familiilor înstărite, respectiv marilor proprietari de terenuri. Premisele acestui model dispar însă odată cu creșterea generală a nivelului de trai și pierderea statutului de valoare principală pe care o aveau imobilele. Noul model se întemeiază pe afecțiune (*logic of affection*) lăsând în urmă cosangvinitatea (*logic of blood*).

În analiza elementelor noului model social sunt menționate mai multe transformări. În primul rând, se constată o contracție a legăturilor de familie, adesea reduse la familia nucleară, cu consecința creșterii solidarității dintre soți și în același timp, o diversificare a tiparelor familiale. Acestea includ fenomenul *căsătoriilor multiple*⁴⁷, *familia reconstituită*⁴⁸, *familia mono-parentală*, familia cu un singur copil sau familia fără copii, parteneriatele. Datorită numărului crescut de divorțuri urmate de noi căsătorii, la moștenire sunt chemați tot mai des rudele vitrege. Căsătoriile nu mai sunt percepute ca o legătură de termen lung, care să înceteze numai la decesul unuia dintre soți. De asemenea, se mai identifică intoleranța față de orice formă de discriminare și acceptarea altor tipuri de uniuni similare căsătoriei. Nu sunt indiferente problemei dezbătute nici creșterea spectaculoasă a speranței de viață tehnicii sau faptul că moștenirea nu mai reprezintă principalul mod de a acumula averea.

Nici în Statele Unite modelul nu a rămas același. În notele premergătoare revizuirii dispozițiilor *Uniform Probate Code* (actul normativ care guvernează transmisiunile succesoriale) operate în anul 1990 s-a arătat că cel mai folosit mijloc de a transfera averea este simulația prin încheierea unui act *inter vivos* care ascunde în realitate acte de ultimă voință. De asemenea, se identifică și în spațiul american diverse forme ale familiei.⁴⁹

În acest context, chiar fără modificări exprese, dreptul succesoral suferă uriașe transformări. Ulterior îmbunătățirii situației soților supraviețuitori, regimul acestora s-a extins și asupra partenerilor de viață. Prin instituirea „parteneriatelor înregistrate” pentru partenerii care locuiesc împreună, sau căsătoriilor între persoane de același sex, s-a lărgit și sfera moștenitorilor, care acum includ și partenerul supraviețuitor, asimilat soțului. Fertilizarea *in vitro* – o nouă posibilitate medicală – ridică problema paternității defunctului. Subzistă legătura de rudenie în cazul în care copilul a fost

nu doar născut, ci și conceput, după momentul morții părintelui? În unele state copii concepuți și născuți în mod artificial au dreptul de a veni la moștenirea legală a tatălui.⁵⁰

Longevitatea are de asemenea efecte asupra devoluțiunii succesoriale. Datorită prelungirii vieții unei persoane, moștenitorii acestora nu vor fi tocmai tineri la momentul în care se deschide succesiunea, și vor fi acumulat deja avere prin mijloace proprii.⁵¹

Același Raport face o analiză a tipurilor de „protecție obligatorie” față de anumiți membri ai familiei⁵² existente în sistemele europene de drept succesoral. Cea mai comună tehnică prin care se asigură această protecție este rezerva. Într-o formă sau alta, sub o denumire sau alta (*legitieme portie, Pflichtteil, voorbehouden deel, réserve, legitima*, etc.) rezerva poate fi întâlnită în toate statele care aplică sistemul de drept civil.

IX. CONCLUZIE. Libertatea testamentară constituie un principiu atât în sistemele de drept civil cât și în cele de common law. Restricțiile sale – dintre care rezerva ocupă cel mai important loc – având caracter de excepție, trebuie să fie direct proporționale cu cauza care le determină. Analiza acestei cauze nu este însă posibil de realizat fără a lua în considerare contextul în care diferite elemente au influențat modul de reglementare al succesiunii testamentare.

Pentru a înțelege mai bine mecanismele care au dus la existența unor prevederi diametral opuse am considerat necesar să urmărim evoluția succesiunii testamentare atât în parcursul său istoric, cât și din perspectiva dreptului comparat.

Am observat pe de o parte, cum, pornind de la aceleași izvoare romane și respectând același principiu al libertății de a dispune, contextele istorice și sociale au contribuit la dezvoltarea a două sisteme opuse, unul bazat pe tradiție și solidaritate familială, altul pe meritul și libertatea personală.

Pe de altă parte, urmărind parcursul câtorva sisteme de drept, am încercat să scoatem în evidență tocmai cauzele care au determinat instituirea sau destituirea rezervei succesoriale. Marea majoritate a acestora se regăsesc în evoluția dreptului roman. Fundamentul religios, ca expresie a raportării omului la moarte, afectează profund normele oricărei societăți primitive. Consecință a naturii nemuritoare a familiei, bunurile trebuiau păstrate într-un cadru care să permită oficierea cultului funebru al antecesorilor. Fundamentul economic a determinat gruparea oamenilor pentru asigurarea supraviețuirii, pentru satisfacerea nevoilor de hrană, odihnă, adăpost, etc. Bunurile agonisite în timpul vieții se cuveneau fără îndoială grupului. Modificarea condițiilor sociale transformă dimensiunile grupului de la cele ale unei ginți, a unei familii patriarhale (creșterea forței economice a bărbatului) sau este o mică familie formată din cei doi soți (revoluția industrială), nu afectează îndreptățirea celor ce contribuie la formarea patrimoniului să se și bucure de el. Interesant este că în același scop al supraviețuirii familiei sunt reglementate în diferite momente și contexte istorice atât rezerva cât și libertatea testamentară absolută.

Un alt fundament este cel care leagă oamenii între ei la un nivel fizic – legătura de sânge. Dacă importanța familiei, determinată în continuare și de considerente religioase reușeste să se mențină, definirea noțiunii suferă modificări. Pe măsură ce omul ajunge la satisfacerea nevoilor sale de bază, fiziologice, iar coeziunea grupului de muncă se erodează, rudenii de sânge constituie o legătură indiferentă la această schimbare, și pare mai firească. Din legătura de sânge derivă regula primogeniturii, care provoacă reacția revoluționară ce duce înspre libertatea testamentară absolută.

În prezent se vorbește despre „afecțiunea prezumată” a testatorului, care primește din nou în cercul moștenitorilor pe soțul supraviețuitor. Deși nu poate invoca o legătură de sânge, soțul este cel cu care defunctul a ales să-și petreacă viața și față de care nutrește așa-numita afecțiune. Acest fundament nu redefinește noțiunea de familie, întrucât soțul nu este chemat la moștenire în considerarea legăturii de rudenie, ci recunoaște legătura care transcede nivelul fizic, manifestându-se în plan emoțional. Această recunoaștere este la rândul său sprijinită de factori sociali, economici, etc, pentru că odată cu industrializarea și migrația la oraș a familiilor restrânse, prilejuind o anumită izolare față de rudele de sânge și apariția unei legături noi de solidaritate între soți.

Evoluția proprietății a jucat de asemenea un rol extrem de important în reglementarea transmisiunii succesoriale, aceasta din urmă fiind derivată tocmai din caracterele dreptului de proprietate. Analizând evoluția fundamentelor transmisiunii succesoriale în strânsă legătură cu nevoile cărora aceste fundamente le răspund și gradul de civilizare a societății nu ne putem opri din încercarea de a identifica stadiul în care se află acum societatea în care trăim.

Pe de o parte, se pare că legăturile dintre oameni au trecut de la nivelul elementar de asigurarea supraviețuirii, la un nivel fizic, sigur și confortabil – al rudenii de sânge, ca apoi legăturile să dobândească o natură emoțională. Ne întrebăm dacă nu cumva pasul firesc pentru viitor ar fi recunoașterea importanței legăturii intelectuale născute între indivizi; comunitatea de interese care nu se mai rezumă la satisfacerea nevoilor de bază.

Pe de altă parte, societatea în care trăim, prin facilitatea și libertatea circulației indivizilor dar și libertatea pieții, prin accesul la o cantitate de informații inimaginabilă pentru cei care au trăit cu câteva secole înaintea noastră, principiul nediscriminării, oferă individului o lume infinit mai largă decât cea în care era prins în alte vremuri; posibilități nelimitate în stabilirea unor legături care să fie în realitate mult mai personale decât cele de sânge.

Aceste legături de natură intelectuală născute departe de gospodăria părintească instituite ca fundamente ale transmisiunii de natură succesorală, presupun libertatea absolută. În mod cert, extremele sunt periculoase, și, din experiența dreptului american, pe cât de ușor de provocat abuzuri, pe atât de greu de gestionat. Cu toate acestea, pe măsură ce ne îndreptăm înspre un nou plan, ar fi bine să fim însoțiți și de instituțiile juridice.

BIBLIOGRAFIE

- Ion ROSETTI-BĂLĂNESCU, Alexandru BĂICOIANU, HAMANGIU, RĂDESCU – *Drept civil român vol. III Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente* – ed. Socec, București, 1948.
- Vladimir HANGA – *Drept roman* – ediția a VIII-a, ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1999
- Mihail ELIESCU – *Moștenirea și devoluțiunea sa în dreptul Republicii Socialiste România* – ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966.
- Valeriu STOICA – *Drept civil. Drepturile reale principale* – ed. Humanitas, București, 2004
- Mircea Dan BOCȘAN – *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman* – Lumina Lex, București, 2000.
- Dan Chirică – *Drept civil. Succesiuni și testamente* – ed. Rosetti, București, 2003
- Ionuț POPA - *Rezerva succesorală* – RRDP, nr. 5/2008, p. 104 și urm.
- Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS – *Les successions. Les libéralités* – ed. Defrénois, Paris, 2004.
- Michel GRIMALDI – *Droit civil. Successions* – ed. Litec, Paris, 2001.
- Joshua TATE – *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom* – Universitatea din Davis, California, vol. 42:129, 2008;
- Christine Morin – *Balancing Interests and Setting Priorities in Family Matters: The Model Advocated by the Law of Succession in Québec* – Oral presentation.
- Jens Beckert – *Inherited Wealth* – Princeton University Press, 2007;
- Susanna L. Blumentahl – *The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-century America* – Harvard Law Review, vol. 119: 959, 2006
- Lee-ford Tritt – *Liberating Estates Law from the Constraints of Copyright* – Rutgers Law Journal, vol 38:109.
- Martin Schöpflin – *Economic Aspects of the Right to a Compulsory Portion in the (French and German) Law of Succession* - German Working Papers in Law and Economics, vol. 2006, paper 34.
- Ray D. MADOFF – *Unmasking Undue Influence* – Boston College Law School Faculty Papers, Minnesota Law Review, vol. 81:571
- Vincent D. Rougeau, *No Bonds But Those Freely Chosen: An Obituary for the Principle of Forced Heirship in American Law*
- Katherine Shaw Spaht – *Forced Heirship Changes: The Regrettable "Revolution" Completed* – Los Angeles Law Review, nr. 57, 1996.
- Marc L. Roark – *Opening the Barbarians' Gate or Watching the Barbarians From the Coliseum: A Requiem on the Nomos of the Louisiana Civil Law* – disponibil pe site-ul http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923829.
- Joseph W. McKnight – *Spanish Legitim in the United States: Its Survival and Decline* – American Journal of Comparative Law, 1996
- Paula Monopoli – *"Deadbeat Dads": Should Support and Inheritance Be Linked?*
- Vernon Valentine Palmer - *Historical notes on the First Codes and Institutions in French Louisiana*

- Ronald J. SCALISE Jr. – *Undue influence and the law of the wills: a comparative analysis* – Duke Journal of Comparative & International Law, vol 19:41.
- Hilary HIRAM – *New Developments in UK Succession Law* – Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006 Electronic Journal of Comparative Law 2006.
- Sjeff van ERP – *New Developments in Succession Law* – Electronic Journal of Comparative Law 2007

* **DIANA BERE**, masterand, Facultatea de Drept, UBB Cluj-Napoca; diana.bere@yahoo.com

- ¹ Pentru detalii, Valeriu STOICA – *Drept civil. Drepturile reale principale* – ed. Humanitas, București, 2004, p. 215 și urm.
- ² Mihail ELIESCU – *Moștenirea și devoluțiunea sa în dreptul Republicii Socialiste România* – ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 26.
- ³ Valeriu Stoica – *Drept civil. Drepturile reale principale* – ed. Humanitas, București, 2004, p. 45 și urm.
- ⁴ Caracteristici ale patrimoniului deduse din calitatea sa de atribut al personalității. Pentru detalii, Valeriu Stoica – *Drept civil. Drepturile reale principale* – ed. Humanitas, București, 2004, p. 47 și urm.
- ⁵ Vladimir HANGA – *Drept roman* – ediția a VIII-a, ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1999, p. 224.
- ⁶ Mihail ELIESCU – *Moștenirea și devoluțiunea sa în dreptul Republicii Socialiste România* – ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 29;
- ⁷ Valeriu STOICA – *Drept civil. Drepturile reale principale* – ed. Humanitas, București, 2004, p. 219;
- ⁸ Valeriu STOICA – *Drept civil. Drepturile reale principale* – ed. Humanitas, București, 2004, p. 220.
- ⁹ Jens Beckert – *Inherited Wealth* – Princeton University Press, 2007
- ¹⁰ M. Cantacuzino, n. 364, p.215
- ¹¹ Ion ROSETTI-BĂLĂNESCU, Alexandru BĂICOIANU, HAMANGIU, RĂDESCU – *Drept civil român vol. III Regimuri matrimoniale. Succesiuni. Donațiuni. Testamente* – ed. Socec, București, 1948, p. 223
- ¹² Mircea Dan BOCȘAN – *Testamentul – Evoluția succesiunii testamentare în dreptul român* – ed. Lumina Lex, București, 2000.
- ¹³ Mihail ELIESCU – *Moștenirea și devoluțiunea sa în dreptul Republicii Socialiste România* – ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 22;
- ¹⁴ Vladimir HANGA – *Drept roman* – ediția a VIII-a, ed. Argonaut, Cluj-Napoca, 1999, p. 228.
- ¹⁵ Mihail ELIESCU – *Moștenirea și devoluțiunea sa în dreptul Republicii Socialiste România* – ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 320.
- ¹⁶ Vladimir HANGA – *op. cit.* – p. 239.
- ¹⁷ *Idem.* – p. 240.
- ¹⁸ V. HANGA – *op. cit.*, p. 240-241.

- ¹⁹ Michel GRIMALDI – *Droit civil. Successions* – ed. Litec, Paris, 2001, p. 276 și urm.
- ²⁰ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS – *Les successions. Les libéralités* – ed. Defrénois, Paris, 2004, p. 305.
- ²¹ Art. 763, alin. 3, C. civ. Fr.
- ²² Mihail ELIESCU - *Moștenirea și devoluțiunea sa în dreptul Republicii Socialiste România* – ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966, p. 32.
- ²³ V. FOTINO -
- ²⁴ Mircea Dan BOCȘAN – *Testamentul. Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman* – Lumina Lex, București, 2000, p. 131.
- ²⁵ Pentru detalii – *idem*. p. 135-146.
- ²⁶ I.C.C., decizia civilă nr. 2515/1937, în *F. Mihăilescu, S.C. Popescu*, Jurisprudența Înaltei Curți de Casație Secțiunea I-a și a Secțiunilor Unite în materie civilă pe anii 1934-1943, Întreprinderile Grafice „Eminescu” S.A., București, 1944, p. 452
- ²⁷ Pentru detalii – Dan Chirică – *Drept civil. Succesiuni și testamente* – Editura Rosetti, București, 2003, p. 94.
- ²⁸ Această teorie vine să modifice concepția în care dreptul prevăzut la art. 5 nu este altceva decât un legat prezumat, care se supune în consecință regimului legatelor, neputând încălca drepturile moștenitorilor rezervatari. Pentru detalii, a se consulta Francisc Deak – *Tratat de drept succesoral* – Ediția a II-a, Universul Juridic, București, 2002, p. 130 și urm.
- ²⁹ Legea privind Codul civil, publicată în M. Of., Nr. 511/24.07.2009, partea I.
- ³⁰ Joshua TATE – *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom* – Universitatea din Davis, California, vol. 42:129, 2008, p. 152.
- ³¹ *idem*, p. 154;
- ³² Cauza *Wheatley v. Wheatley* – Fiul a fost exheredat în favoarea fiicei datorită ”abuzului fizic și vocal nerespectuos” comis atât împotriva părintelui cât și împotriva surorii sale. Întașta apreciază că nu se justifică înlăturarea fiului de la moștenire ca mijloc de sancțiune a comportamentului său perceput ca fiind neadecvat. În emiterea deciziei, curtea reține și starea precară a sănătății reclamantului dezmoștenit, care reprezintă și cauza modului său de viață și a atenuării gravității circumstanțelor.
- ³³ Vincent D. Rougeau, *No Bonds But Those Freely Chosen: An Obituary for the Principle of Forced Heirship in American Law*, p. 73.
- ³⁴ Ray D. MADOFF – *Unmasking Undue Influence* – Boston College Law School Faculty Papers, Minnesota Law Review, vol. 81:571, 1997.
- ³⁵ Susanna L. Blumentahl – *The Deviance of the Will: Policing the Bounds of Testamentary Freedom in Nineteenth-century America* – Harvard Law Review, vol. 119: 959, 2006
- ³⁶ Pentru detalii - J. Tate – *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom* – Universitatea din Davis, California, vol. 42:129, 2008, p. 158.
- ³⁷ Lee-ford Tritt – *Liberating Estates Law from the Constraints of Copyright* – Rutgers Law Journal, vol 38:109.
- ³⁸ Joshua TATE – *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom* – Universitatea din Davis, California, vol. 42:129, 2008
- ³⁹ James A. THORSON – *Aging in a changing Society* – 2000, p. 261.

- ⁴⁰ Marc L. Roark – *Opening the Barbarians' Gate or Watching the Barbarians From the Coliseum: A Requiem on the Nomos of the Louisiana Civil Law* - disponibil pe site-ul: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923829
- ⁴¹ Joshua TATE – *Caregiving and the Case for Testamentary Freedom* – Universitatea din Davis, California, vol. 42:129, 2008;
- ⁴² Katherine Shaw Spaht – *Forced Heirship Changes: The Regrettable "Revolution" Completed* – Los Angeles Law Review, 1996, p. 57-58.
- ⁴³ Joshua TATE – *op. cit.*;
- ⁴⁴ Sjeff van ERP – *New Developments in Succession Law* – Electronic Journal of Comparative Law 2007, p. 2.
- ⁴⁵ The European Commission of Family Law sau Comisia europeană pentru dreptul familiei a luat ființă la 1 septembrie 2001 având ca obiectiv principal elaborarea unui studiu inovator, teoretic dar și practic, pe marginea ideii de armonizare a normelor referitoare la dreptul familiei în Europa. Principalul beneficiu obținut prin înființarea acestei Comisii este stabilirea unor principii de drept european al familiei considerate a fi cele mai potrivite în demersul de armonizare al dreptului familiei în spațiul european. Pentru mai multe detalii – <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>.
- ⁴⁶ Maria PUELINCKX-COENE - *Possible follow-up to the Conference by the Committee of experts on family law* – Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2 (December) 2005, p. 51-75 – se poate consulta pe pagina: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/family_law_and_children%27s_rights/conferences/proceedings%20confam20023.pdf.
- ⁴⁷ Sintagma *multiple marriage society* se referă la tipul de societate în care individul încheie mai multe căsătorii succesive.
- ⁴⁸ Familia cu copii proprii, în care cel puțin unul dintre soți are un copil dintr-o căsătorie anterioară.
- ⁴⁹ Notele pregătitoare ale modificărilor aduse dispozițiilor *Uniform Probate Code* (actul normativ care guvernează transmisiunile succesoriale) operate în anul 1990.
- ⁵⁰ Raportul Național al Statelor Unite ale Americii, p. 108; Raportul Național al Greciei, p. 44 – („Rapoartele Naționale” au fost prezentate la Congresul Internațional de Drept Comparat, ediția a XVI-a și a XVII-a, de la Brisbane respectiv Utrecht - și publicate în *The Electronic Journal of Comparative Law*).
- ⁵¹ Factor evidențiat în Raportul Francez prezentat la cea de-a șasea Conferință Europeană de Dreptul Familiei, p. 1 și 2.
- ⁵² Maria PUELINCKX-COENE – *op. cit.*, II, B.

MATRIMONIAL CONVENTIONS AND SAME-SEX MARRIAGES. COMPARING THE NETHERLANDS, ENGLAND AND USA LAW

Ovidiu-Ioan PETRENCIU*

Abstract: *The present research focuses on two of the most controversial topics of law of matrimonial relations nowadays: the matrimonial conventions and same-sex marriages. Both of these law institutions and the values that justify them are in progressive changing all over the world and especially in Europe. However the Romanian law system, at the moment of writing, does not recognise these institutions and a comparative research can provide us better perspectives.*

I will try to cover the law figures from above by comparing the law from two states of Europe, Netherlands and England, and the law of USA.

For the understanding of the marriage agreements and the same-sex marriage it is crucial to analyse the basic principles of the matrimonial imperative regimes in each of the compared system.

The main question of the research is: Which of the compared systems of law provides the highest liberty for entering into marriage agreements or same-sex marriages?

Rezumat: Convenții matrimoniale și căsătorii între persoane de același sex. Comparație între dreptul olandez, englez și american. *Prezenta cercetare se focalizează pe două dintre cele mai controversate subiecte de drept a relațiilor matrimoniale din ziua de azi: convențiile matrimoniale și căsătoriile de același sex. Ambele instituții și valorile care le justifică progrediază peste tot în lume, în mod special în Europa. Totuși, sistemul de drept din România, la momentul scrierii, nu recunoaște acest drept, iar o cercetare de drept comparat ne poate oferi perspective noi.*

Se va încerca acoperirea figurilor juridice de mai sus, comparând dreptul a două state din Europa, Olanda și Anglia, și dreptul SUA.

Pentru înțelegerea contractelor matrimoniale și căsătoriilor de același sex este crucial a se analiza principiile de bază ale regimurilor primare imperative în fiecare dintre sistemele comparate.

Principala întrebare a acestei lucrări este: Care dintre sistemele de drept comparate oferă cea mai mare libertate pentru încheierea de convenții matrimoniale și căsătorii de același sex?

Keywords: family, marriage, matrimonial conventions, comparative law

Cuvinte cheie: familie, căsătorie, convenție matrimonială, drept comparat

*“Act as though you were through your maxims
a law-making member of a kingdom of ends”
Kant (Ole Lando translation)*

Introduction

This paper is a comparative research in the field of matrimonial relations from Netherlands, England and USA. The research focuses on two of the most controversial topics of matrimonial relations nowadays, the marriage agreements and same-sex marriages. Both of these law institutions and the values that justify them are in progressive changing all over the world and especially in Europe.

I will try to cover these changing perspectives by analysing the law from two states of Europe and the law of USA. I have chosen these states because Netherlands represents the modern system in Europe while England by the contrary has a conservatory system of law at the same time the law of USA represents a developed society that can give us a perspective from out of Europe.

Nonetheless at the time of writing the legislator in Romania is trying to introduce in the Civil Code new features about the matrimonial contracts and this comparative study can make us available an instrument of comparison. As a concept a comparative study can help the lawyers to understand better their system and gather more knowledge about other methods while trying to improve their own.

The structure of the research is formed by country reports about the studied institutions, reports that try to analyse the same aspects of the law, to answer the same questions, to have the same basis of comparison, while finding the differences and the similarities in the comparison parts. For the understanding of the marriage agreements and the same-sex marriage it is crucial to analyse the basic principles of the matrimonial imperative regimes in each of the compared system.

The main question of the research is: Which of the compared systems of law provides the highest liberty for entering into marriage agreements or same-sex marriages? I will answer this question in the conclusion part.

Other sub-questions will be used in order to answer the main question: Is there a common core about marriage agreements and same-sex marriage between Netherlands, England and USA? Which of the systems has for the future spouses the highest legal certainty? What are the main differences and similarities between the analysed institutions in the compared systems? These questions will be answered in the comparison part.

The marriage contracts (ante-nuptial agreements/prenuptial agreements, postnuptial agreements or matrimonial agreements etc.) are a form of juridical acts, which make part from the large category of contract. They express the juridical liberty in the field of matrimonial relations¹. Normally the prenuptial agreements should meet all the elements of general contracts, but also some specific elements, which confers them a unique physiognomy (the parts of a prenuptial agreement can only be the future spouses, and the agreement itself is an "*accessorium sequitur principale*" for marriage). Are going to be investigated only the contracts which present difficulties or challenges in the systems of law from above and those which can represent a common law or a relevant and unique aspect for their country.

Same sex marriage means a marriage entered into by two people of the same sex while quasi-marriage represents all the other partnership schemes for same-sex couples like reciprocal benefits, domestic partnerships, civil unions...etc.

Throughout the country reports I will explain, where necessary, the meaning of the terms used and the institutions analysed in function of the specific of that system of law.

Marriage contracts: Dutch Report

1. The matrimonial imperative regime in Netherlands

Since 1 January 1992 Holland has a new civil code, which is a re-codification of the Civil Code of 1 October 1838 based on the French Civil Code, Code Napoleon. The Dutch marriage and matrimonial institutions are provided by Book 1: Family Law of the Civil Code.

In Netherlands the marriage is recognised for the persons of a different sex or of the same sex as well as the registered partnerships. There are very few differences between marriage and registered partnerships and there is a simple procedure of converting the marriage in registered partnership and vice-versa². In the procedure of splitting up the difference is that the registered partnerships can be ended by way of mutual contract. Also the legal consequences of marriage and registered partnership are almost the same, the only differences that exist are the same as between hetero marriage and same-sex marriage and will be analysed in the chapter of same-sex marriage (the inter-state adoption and the presumption on paternity).

The Dutch marriages and registered partnerships are accompanied by one matrimonial property imperative regime that enters into force any time when the spouses do not make a marriage contract. Once they go into a marriage contract the Civil Code provides two other schemes of the matrimonial imperative regime that can be chosen by the spouses only by a marriage contract.

A comparative study of the neighbouring countries' matrimonial regimes of Netherlands showed that there is great diversity and that the common core of principles is small³. Even so the matrimonial regimes of the countries can be split in three categories: Countries with no community of property, countries with community of property during the marriage or those with community of property that comes into force only after the termination of the marriage⁴. The matrimonial property regime in the Netherlands makes part of the second category and it was also named as a 'universal community'⁵.

However the Netherlands has a unique regime of community because it provides for the community of all assets, and by all assets in this case is meant all assets existing at the moment of marriage and during the marriage, including the testamentary and *inter vivos* gifts⁶. This stipulation is provided by Book 1, Family Law and the Law of Persons, article 93 and 94 of Code Civil: 'A general community of property exists between the spouses by operation of law from the time of the solemnization of the marriage insofar as no derogation is made therefrom by a marriage contract' and 'The community comprises, where its assets are concerned, all present and future property of the spouses...'⁷. There are some exceptions from the statutory community of property: - 'the property that was provided by last will of the testator or when a gift was made stating that it would fall outside the community'; property and debts which have a close affinity to one of the spouses and pension rights (Art. 94, CC) etc.

Article 99 also stipulates the cases for dissolution of the community of property by law: upon the ending of marriage, on a judicial separation, through a court order which terminates the community of property and very important as a result of a subsequent marriage contract⁸. The spouses or the registered partners can opt out of the matrimonial property regime in a matrimonial agreement and remain in a separate property regime of their own assets, in a total exclusion of community of property. Fortunately for spouses there are two other possible regimes that can be functional for their marriage: the community of gain and loss and the community of fruits and profits and income, and both of them are enacted in Civil Code. These two regimes can be entered only by marriage contracts that state no other alteration from the rules of these regimes of Civil Code.

2. Marriage contracts in Netherlands: juridical characters and establishment

Title 8 of the Book 1 of the Dutch Civil Code enacts Marriage Contracts. Article 114 generates the possibility of two kinds of marriage contracts that can be settled in two different periods of time concerning the marriage solemnization. First there are the prenuptial agreements (I named them so for the simple fact that they are created before the solemnity of marriage) which are made by the prospective spouses prior to entry into their marriage.

Second there are the marriage contracts made by the spouses during their marriage and I can name them postnuptial conventions (because they are created already in a matrimonial state of affairs). The distinction is necessary for the understanding of the effectiveness and enforceability, of those conventions, in front of the courts and by the courts.

While the enacting of the prenuptial agreements does not need an approval by a court order to be effective the postnuptial conventions (marriage contracts made during a marriage) or the alteration of a marriage contract during marriage needs the District Court approval (Art. 119, CC)⁹. Continuing the Court can give its full or partial approval for postnuptial contracts only when there is no risk that creditors would be prejudiced and when the contract respects the rules of mandatory law, *bonos mores*, or public policy.

The primary relations between marriage contracts and matrimonial imperative regime are given by articles 121 and 123, CC. There is stated that the parties may derogate in marriage contracts from the provisions of matrimonial imperative regime as long as they respect the mandatory law, *bonos mores* or public policy.

The other two matrimonial regimes the "community of benefits and income" and the "community of profits and losses" are available only by means of a marriage contract that stipulates the choice of one of them and does not derogate explicitly or by the nature of the stipulations. These two regimes are regulated in articles 123-128, Code Civil, and represent the originality of the Dutch matrimonial law because they are regulated as primary regimes while entering into force only when they are chosen through the instrument of a marriage contract by the consent of the spouses.

3. The Dutch law rules for an effective marriage agreement: imperative rules and limits.

3. a) Imperative rules and general limits

Primary imperative that I will talk about is connected with the formal aspects of the marriage agreements and is presented by article 115, CC.: ‘‘ In order to be valid, marriage contracts must be entered into by notarial instrument’’¹⁰ . It is obvious that the lawmaker was aware about the high importance of a marriage contract for ones life and that this rule is made to protect the consent of future spouses or actual spouses. The official and formal aspect of it can make the parties to think harder at the consequences that the contract could and would include.

We also have seen above that if a prenuptial agreement is signed there is no need for a court order while when a matrimonial agreement is signed the court approval is mandatory.

The explanation of this can be found on a psychological and utilitarian level. The psychological point is to be found between the spouses when one of them can benefit more easily from the weakness of the other by means of ‘trust’ and impose ‘hard clauses’ in the matrimonial agreement then when they would not be spouses yet (the case of prenuptial agreements). Secondly, the utilitarian point is designed to protect the creditors of one of the spouses or of both spouses from the fraudulent behaviour of the partners by means of a postnuptial agreement. The judge has also to check if the terms of the matrimonial agreement are not contradictory with the rules of mandatory law, *bonos mores* or public policy.

An additional imperative linked to the formation of marriage contracts orders that the persons consent have to be actual at the time the instrument is made (Art. 117, CC), conversely ‘‘power of attorney to enter into a marriage contract must be given in writing and contain the provisions to be included in the marriage contract’’ (Art. 115, CC)¹¹ .

There are too rules with regards to the substantiality of the marriage agreements and its limits. The parties can not derogate from the rights arising from parental responsibility or from the rights conferred by law to a surviving spouse and ‘‘the parties may not provide that a spouse is committed to a larger share of the liabilities than that spouse shares in the community property’’ (Art. 121, CC).

3. b) The conditions for marriage agreements that state the ‘community of benefits and income’ and the ‘community of profits and loses’’

Since in the Netherlands a marriage agreement can entail and provide exactly and entirely one of the two complementary matrimonial property regimes I will try to analyse marriage agreements which contract these out of the ordinary regimes.

Readily available are two main characteristics of these institutions: they are designed by the Civil Code in a number of articles (Art. 123-128, CC) and they can only be enforced by means of a marriage agreement that states their name and

no alteration from what is written in the Civil Code. While the legislator named the primary matrimonial property regime in Netherlands as ‘‘statutory community of property’’ these institutions are named as ‘‘community of benefits and income’’ and ‘‘community of profits and loses’’. This shows that they are ‘‘communities’’ of matrimonial property regimes that can be established by marriage agreements. They can be seen like the second and the third matrimonial property regimes or as different schemes of the primary regime. The idea is that they function independent from the statutory community of property, by their own rules, when they are chosen by the spouses in a marriage contract.

Beginning with article 123 and article 128 the Civil Code unequivocally says that when a community of benefits and income and a community of profits and loses is agreed in a marriage contract articles 124-127 shall apply, as long as there has been no derogation from them explicitly or by the nature of the stipulation and they embrace the following main ideas.

A community of benefits and income and a community of profits and loses shall comprise all property which the spouses acquire during the lifetime of the community. We can already see that here is a difference between these complementary communities and the imperative statutory community of property because the first ones do not comprise the actual property of the spouses into the community, only the future property of the spouses. There are as well some exceptions like hereditary succession, bequests of gifts, some items of property gratuitously acquired and any amount connected on a claim which does not form of community. In the community shall enter all debts of the spouses excepting those which were present at the beginning of the community or those strictly connected with the private property of the one of the spouses.

Until now all this rules are applied for both of the complementary communities; however there are some provisions which differentiate the community of benefits and income from the community of profits and loses. In the case of community of benefits and income the property and debts which belong to a business or profession fall outside the community of benefits and income while contrary, for community of profit and loses them enter into the community.

3. c) The conditions for marriage agreements that state a clause of obligation in respect of netting income or capital

Some specific articles that treat the marriage contracts are speaking about netting covenants that contain obligations in respect of netting income or capital. These rules are not imperative and they only apply when there is no derogation from them in a marriage contract that provides an obligation of a net income or capital. The general rules for Netting Covenants are recognized by the articles 132-140, CC, while the articles 141-143 established Periodical Netting Covenants and Final Netting Covenants.

The netting covenant system is applicable when there is a partial or an entire separation of property¹². One of the most popular versions is the Amsterdam-netting Covenant provided by more than 75% of marriage contracts. In this scheme spouses have no community of property while the contracts say that, every year, the surplus of the incomes of both parties will be netted on a 50:50 basis, after the costs of joint households have been deducted¹³.

4. (Non)/enforcement of prenuptial agreements in the Dutch legal system

Like in any contracts that belong to French Family of Civil Codes the enforceability of marriage contracts is designed by two principles: ‘*pacta sunt servanda*’ and ‘*res inter alios acta*’. These two principles explain the force of the contract between spouses and the relativity of the effects of the contract for parties and third persons.

Once more the effects of the Dutch marriage contracts can be distinguished as there is a prenuptial agreement (before marriage) or a postnuptial agreement (after the solemnization of marriage). Concerning prenuptial agreements the date of the solemnization of the marriage is central because this is the date when they enter into force (Art. 117, CC), while the postnuptial agreements ‘enter into force on the date following that on which the instrument is executed unless the instrument specifies a later date’ (Art. 12, CC).

Normally the third persons have to respect the marriage conventions on a general principle of contracts while the marriage contracts can be raised against third persons if the marriage contracts are opposable for them. The opposability in the situation of Dutch marriage contracts is made by a public system of publicity: Matrimonial Property Register. With reference to prenuptial agreements Article 116 of the Dutch Civil Code enunciates that provisions of the marriage contracts (prenuptial agreements in this case) ‘may be raised against persons who were unaware thereof only if these provisions were registered in the Public Matrimonial Property Register’. This register is kept at the clerk’s office of the district court of the jurisdiction where the marriage was officialised or at the clerk’s office of the district court in The Hague if the marriage was entered into outside Netherlands (Art. 116, CC). The situation of the publicity is slightly different when we move towards postnuptial contracts. What has changed is the time that a postnuptial agreement has to be registered in Public Matrimonial Property Register before the effects of the publicity can appear. Article 120, CC institutes a period of fourteen days prior to the provision of marriage contracts can be raised against third persons unaware thereof.

Beyond the rules from above a crucial principle that has a general application for contracts in Netherlands is the good faith principle. This is stated in article 6:2(1), CC and specifies that ‘a rule which would bind the parties by virtue of law, usage or legal act shall not apply to the extent that under the circumstances this would be

unreasonable by the standards of reasonableness and equity'¹⁴. The principles of reasonableness and equity now permit the courts to derogate from the Civil Code when they find to be unreasonable to follow it'¹⁵.

Marriage contracts: English Report

1. The matrimonial imperative regime in England

In English law ‘‘ formalizing a relationship has no automatic impact to the parties property rights’’¹⁶, there is no ‘‘matrimonial property regime ‘‘ or better said there is a regime of separation of property. During the marriage the spouses keep their own property, but the property can be the subject to the courts’ wide distributive powers if there would be a judicial separation.

‘‘The rights of the parties must be judged on the general principles applicable in any court of law when considering questions of title of property...while making full allowances in view of [their] relationship’’¹⁷. So even if the parties keep their own property while being married, in case of a divorce in the ancillary relief procedure the courts can split the property as they believe is fair in view of their relationship.

The Matrimonial Causes Act is the substantial law for divorce in England and can be invoked for determining the rights and the interests of the spouses along with the general principles of property law which are used to define the status of the ex spouses about their property. Both property law and the principles applicable on divorce invoke the concept of fairness¹⁸. The next chapters will explore the law of prenuptial agreements in England which imposes the most difficulties of enforcement for English future husbands, leaving away the post-nuptial agreements and the separation agreements that are easy to enforce in front of an English court¹⁹ under sections 34 to 36 of the Matrimonial Causes Act (1973) and which do not represent any complications at all.

2. Marriage contracts (Prenuptial agreements) in England: juridical characters and establishment

There is a high percentage of marriages end in divorce, and couples, particularly those marrying for a second time, want to make pre-nuptial agreements. Those kinds of agreements are rare in English law, primarily because they are not directly enforceable by the English courts²⁰.

Pre-nuptial agreements, usually involve an agreement in contemplation of the failure of the relationship, regarding the disposition of the parties’ financial resources, what jurisdiction or forum is applicable and what limitations have the parties for applying the exercise of the courts discretion²¹.

In English law pre-nuptial agreements must be studied in connection with the ancillary relief rules, established by Matrimonial Causes Act 1973, and with the case law which deals with it, because this is the substantial law for divorce and

implicitly for marriage agreements. Section 34(1) of the Matrimonial Causes Act 1973 provides that any provision in a maintenance agreements (the rule is applicable for prenuptial agreements) between spouses which purports to restrict the right to apply to court for an order for financial relief is void.

This is a very important principle recognized in the field of English matrimonial conventions, and means that the court can regulate the spouses' financial affairs after divorce, and that the parties can not exclude the jurisdiction of the courts in their agreement²². *Hyman v Hyman*, 1929, was a case about a separation agreement, but the decision of the court applies also for prenuptial or ante-nuptial agreements. The husband tried to exclude the jurisdiction of the court to regulate their financial affairs, paying the wife an amount of money for contracting that she was not entitled to any different provision and that the jurisdiction of the court is excluded. An agreement made in contemplation of future separation was considered **contrary to public policy** in that time, while "Wife's right to future maintenance is a matter of public concern, which she cannot barter away.... Furthermore divorce was something that changes statutes, necessitating the preservation of the court jurisdiction..."²³.

The second principle which rules the matrimonial law is established under Part II of the 1973 Act: "Power of the courts to make financial provision and property adjustment orders after dissolution of marriage"²⁴. These are imperative rules and the spouses can not avoid them. When the courts make financial provisions or property adjustment orders they have to regard to all the circumstances of the case: (s. 25, MCA), Matters to which court is to have regard in deciding how to exercise its powers: the income, earning capacity, property and other financial resources, the financial needs, obligations and responsibilities, the standard of living enjoyed, the age of each party, **the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it**, etc.

Through all the circumstances and matters of the case or the "**conduct of the parties**" that courts have to take into account we can find the growing importance of pre-nuptial agreements. Even if ante-nuptial agreements are not a binding law in England, the courts could enforce them indirectly when they are doing the s. 25 exercise, because they might be a very important circumstance of the case as long as they actually are the conduct of the parties.

In *H v H* is the beginning of the concept that the courts will take into account the prenuptial agreement as part of spouses conduct and the circumstances in which it was established²⁵. In *K v K* (Ancillary Relief: Prenuptial Agreement), the couple who had one child separated after 14 months of marriage. They signed a pre-nuptial agreement after receiving independent financial advice from their solicitors. The court decided that the wife's conduct in willingly signing the prenuptial agreement was one of the factors to be taken into account and that it would not be unjust to hold her to the terms of the agreement²⁶, but there were other important circumstances for the case too, like the birth of a child.

Hence I will reintegrate the prenuptial agreements in the English law for the understanding of the prenuptials particularly issues, finding their limits, their concrete enforceability and their legal effects.

3. The English law rules for an effective prenuptial agreement: limits and imperative rules

First of all, in England, prenuptial agreements' limits are developed by case law, especially the rules under which a prenuptial agreement has all the chances to be taken into account when the courts are dealing with s 25 exercise. Of course there are few principles and imperative rules in statutory law, Matrimonial Causes Act, 1973.

When the parties are entering in a prenuptial agreement there must be:

-Full disclosure - there are cases where dimension of full disclosure was developed²⁷ - in a case the husband had hidden his assets and entered into a prenuptial agreement without full disclosure²⁸.

-Independent legal advice: as Ormrod L.J. said in underlined the situation of 'possibly bad legal advice'²⁹. Before entering the agreement being legal advised properly is a circumstance that must be taken into account, and the conclusion is that a court would not put to much weight on the agreement made out of properly legal advice.

How close to the marriage the agreement was made, a 21 days before rule? A rule which gives to the future parties of the agreement time and opportunity to reflect on their decision, and consider the future implications of the contract with calm, without any time pressure.

There should also be:

-No disparity of bargaining power, or no exploitation of it, and no pressure by one party on the other: Ormrod L.J. in *E v E*.

-'a recital to the effect that the parties wish to enter into legal agreement with the intention to enter legal relations which will be treated as binding on them; a recital setting out why the parties are entering the agreement; a recital setting out why the agreement is regarded as fair; '³⁰

-A provision for regular (say 5 yearly) reviews and in particular reviews following the birth of children³¹. This is a very interesting limitation of the agreements, because the birth of a child it appears to be a very important factor of the case, provided by Matrimonial Causes Act s. 25 (1) and by the courts decisions in *K v K*, 2003. Also the 5 yearly review even if there is no children must be done in order to maintain the importance of the prenuptial agreement (in practice the prenuptials in long marriages loose their weight). The courts developed this requirement in order to impose fairness between parties.

-'definition of any property regarded as non-matrimonial property (unmatched Contributions, discrete business assets, inherited property), etc.³²

Other principles and vital rules implied in a matrimonial contract, provided by statutory law, are:

- The parties of an agreement can not exclude the jurisdiction of the courts regarding ancillary relief: 1973 Act provides the whole jurisdiction of the courts regarding ancillary relief.

- The parties of an agreement can not limit the courts jurisdiction: 1973 Act set up a total power of the courts regarding ancillary relief.

- The convention between spouses must be valid under the other circumstances, regarding the law of contract.

The very important idea is that the agreements must be fair, both procedurally and substantively, at the moment of signing and at the time of performance.

4. (Non) enforcement of prenuptial agreements in the English legal system

For analyzing the concrete enforceability of the English prenuptial agreements we will continue to study the prenuptials at the time of performance, because this is the moment when the English courts exercise their power in order to enforce or not the agreements. If all the procedurally and substantively conditions regarding the formation were respected, the courts would now check the circumstances in the moment of the performance, through the eyes of the s.25 exercise, in order to entail fairness between spouses. But if the procedurally and substantively conditions regarding the formation were not respected then there are little chances for a court to enforce the agreement. We should not forget that under the 1973 Act, the Prenuptial Agreements are not binding for the courts, but they can be enforced indirectly because they are a circumstance of the case.

So, which would be the most important conditions for a prenuptial agreement to be enforced indirectly, or not to be enforced by the English courts? Those factors are: the duration of the marriage, the birth of a child, the contributions which each of the parties has made for the welfare of the family, the conduct of the parties and any other new circumstances relevant for the case, that have appeared between spouses since the marriage started.

In *M v M*, 2002 the couple who have one child entered into a prenuptial agreement and divorced after five years of marriage. The judge held that the court should decide what weight should be attached to the agreement treated as a circumstance of the case, through all the other circumstances. ‘‘Even if the agreement did not dictate all entitlement of the wife, was borne in mind as one of the most relevant circumstances of the case. Other relevant factors in departing from equality were the comparative shortness of the marriage and the fact that the husband had created the family wealth’’³³. In *K v K*, 2003, the judge decided what legal effects would have the prenuptial agreement taking into consideration the short marriage, the birth of the child and that the wife did not contribute with anything to the wealth of the husband.

A very important case which might change the perspectives of the prenuptial agreements in England is *Crossley v Crossley*, 2007. The prenuptial agreement between the parties was negotiated by experienced lawyers. The parties separated fourteen

months after the marriage which was between mature adults, both of them had been previously married and divorced and they had no children. Also the prenuptial agreement provided that there will be retention of each of the parties of their separate properties. Lord Justice Thorpe said: 'this is a quite exceptional case on its facts, but if ever there is to be a paradigm case in which the court will look to the prenuptial agreement as not simply one of the peripheral factors in the case but as a factor of magnetic importance, it seems to me that this is just such a case'³⁴.

Thorpe LJ also said that the classification of the 'Crossley prenuptial as akin to a marital property regime which people enter into in continental Europe to elect whether they should be separate or community property'³⁵. This case shows us that the autonomy of the parties is increasing in English matrimonial conventions.

Marriage contracts: American Report

Having to do with 50 states and the District of Columbia in this part I will present strictly the law of the United States that I believe is the most representative for matrimonial property relations. It is not possible in this research to compress all the jurisdictions but is possible from a comparative standpoint to encompass the common core in the United States and to set the basis for a new and more complex research.

1. Basic principles of the Matrimonial Imperative Regime in USA

The Supreme Court of the United States noted in *Maynard v Hill* (1888) that, while marriage 'creates the most important relation in life, as having more to do with the morals and civilization of a people than any other institution', it is a subject that belongs to the control of the state courts and especially the state legislatures³⁶.

At the moment when United States were established as a colony the authority to grant divorce was taken by the Parliament of England. Only after the Revolution this decentralised control of marriage and all the institutions connected to marriage in the United States has been taken by the States Legislatures being provided under the Tenth Amendment of the US Constitution. The American Federalist system allows individual states to define everything from who may marry to when they can divorce³⁷. There are authors who sustain that such a decentralised control of marriage and divorce is unparalleled in any other nation³⁸. There are some acts that try to unify or harmonise the law at a federal level like Uniform Premarital Agreement Act but the field of matrimonial relations in regards to agreements about matrimonial property and the matrimonial statutes themselves are still different organised. I will try to contour first the common core of these matrimonial institutions throughout the majority of states and then I will analyse the law of the states with the most specific and newest features.

Also in the United States is a high diversity of opinion of what marriage and matrimonial relationships represent and for whom they are opened. Outside hetero marriage which of course is recognised in every state there are different civil

relationships like ‘reciprocal benefits’, ‘domestic partnerships’, ‘civil unions’ and ‘same-sex marriages’. Yet the marriage agreements can be presented as a common core or representative law for the United States only if they are studied in accordance with the UPAA principles as we will see in the next chapters.

2. Marriage contracts in USA: juridical characters and establishment

The emergence of marriage contracts in USA law can be explained from a constitutional angle. There has always been a tension between federalism and states rights because under the Constitution of the USA certain powers and prohibitions were split between federal government³⁹ and individual states⁴⁰. As part of this equation the states were not allowed to develop legal rules that limit the individual freedom to enter in contracts.

So from the very beginning the ground for marriage contracts was set apart, of course with many limitations because marriage contracts had the cause in marriage which was under the total control of individual states (this control has been explained in the above chapter). Besides this the USA Constitution prohibits the promotion of any kind of religion, the known principle of separation of state from church. Motionless the courts in the early age refused to enforce marriage contracts on the grounds that they are contrary to the good of the public and the effect was that the judges were reflecting the religious ethic of their community. Though once with the separation of church from state and with the new era of values from the second half of the ninetieth century the first marriage agreement was enforced in 1970.

An additional factor that facilitates marriage agreements is the ‘no-fault’ divorce, first introduced in California, increased the number of divorces in the United States and this created the prolific field for the development of the marriage agreements⁴¹.

In USA a typical marriage agreement that can be found in many American States is known under the name of prenuptial agreement or premarital contract, primary because they use to be made before the sacralisation of marriage. It was defined as being a simple written contract that is formed before marriage regarding the terms of the marriage⁴². There are also postnuptial agreements and separation agreements however even if these make part from marriage contracts they will not be analysed because they are not regulated in the same way throughout American States and the effort of comprising them would be too broad for this research.

The only marriage agreements that represent a common core in the United States are Premarital Contracts which were regulated in the Uniform Premarital Agreement Act (UPAA). The UPAA were drafted in 1983 by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and they were adopted (or its parts) by 26 states and introduced in two more legislatures in 2005⁴³. In the prefatory note of the principles it has been explained their reason of being that is the existence of a

substantial uncertainty as to the enforceability of the premarital contracts and the lack of uniformity of treatment of them among the states⁴⁴. The Act contains comments and explanation of each article and gives example of previous cases that had to do with the same subject.

Even if the principles were not adopted by all American states or sometimes was adopted a modified version of the UPAA, almost every state recognises the institution of prenuptial agreements. Nevertheless the present research will focus on the rules and effects of the prenuptial agreements established by Uniform Premarital Agreement Act as long as this Act represents the modern law and the common core in the United States.

The legal definition of the prenuptial agreements can be found in Section 1 of the Act, Definitions: "Premarital agreement means an agreement between prospective spouses made in contemplation of marriage and to be effective upon marriage". It is obvious from this article that other agreements like postnuptial agreements or separation agreements do not fall under UPAA. The UPAA defines also the concept of property in subs. 2 of s. 1: "Property" means an interest, present or future, legal or equitable, vested or contingent, in real or personal property, including income and earnings. This subsection embraces all forms of property and interests therein⁴⁵.

3. The USA law rules for an effective marriage agreement: imperative rules and limits

The form of the premarital agreements "...must be in writing and signed by both parties. It is enforceable without consideration" (S. 2, Formalities, UPAA). Looking forward to ascertain the content of the premarital agreement, exactly what the parties may contract upon, the UPAA, in S. 3 Content, subs. a, presents an illustrative and not exclusive list:

- “(1) The rights and obligations of each of the parties in any of the property of either or both of them whenever and wherever acquired or located;
- (2) the right to buy, sell, use, transfer, exchange, abandon, lease, consume, expend, assign, create a security interest in, mortgage, encumber, dispose of, or otherwise manage and control property;
- (3) The disposition of property upon separation, marital dissolution, death, or the occurrence or nonoccurrence of any other event;
- (4) The modification or elimination of spousal support;
- (5) The making of a will, trust, or other arrangement to carry out the provisions of the agreement;
- (6) The ownership rights in and disposition of the death benefit from a life insurance policy;
- (7) The choice of law governing the construction of the agreement; and
- (8) any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty”⁴⁶.

As the paragraph 8 from above states that the parties of a premarital agreement can contract regarding all matters from the illustrative and not exhaustive list as long as there is not a violation of public policy or of a statute imposing criminal penalty. At the moment of adoption of the act, between states, was a disputed question if a premarital agreement may rule in regards to spousal support⁴⁷, nevertheless the Act did incorporate in subsection 4 from above the modification or elimination of spousal support. This Section also incorporates a choice for the choice of law governing the prenuptial agreement and the possibility to agree on the object of the agreement as being any kind of property irrespective of the way it was acquired that time that is not a violation of imperative norms.

Still the section 3 is ended by the subsection b that presents an expressive limitation of the premarital agreements' content in favour of the right of a child to support, right that can not be adversely affected by these contracts.

Another idea about the effectiveness of a premarital agreement under UPAA rules is what I would call from a civil law system perspective, the cause of the act. In section 4 is stated that 'a premarital agreement becomes effective upon marriage'. Interpreted a premarital agreement under this Act can create effects only after a solemnization of a marriage, in consideration of a marriage and never between people that live together in any form but marriage.

Finally the effects of a prenuptial agreement can be terminated by revocation or modified through an amendment. The form and the procedure is the same, it must be a written agreement signed by both parties (S. 5, Amendment, Revocation UPAA).

4. (Non)/enforcement of marriage agreements in the USA legal system

The UPAA has an entirely section (6) dedicated to enforcement. As a general idea in the enforcement section are presented the reasons why and when an agreement is not enforceable. Normally these reasons of not enforceability are established by principles of general law of contracts, however the UPAA has chosen to codify them in order to harmonise the law of enforcement of the states that have adopted the UPAA. Otherwise the UPAA would provide the same rules, content for the agreements throughout the states while they would be enforced in different ways and the scope of UPAA for harmonization would be perverted.

The party that wants to avoid the enforcement of a premarital agreement must prove one of the 'not-enforcement reasons from section 6. These reasons are:

- not execution of the agreement voluntarily (S6, Subs. a), p. 1) -here by execution is meant the consent given for the signing of the contract;

- If the agreement was unconscionable when it was executed (S6, subs. a), p. 2);

- Not providing a fair and reasonable disclosure of the property or financial obligations of the other party before signing the agreement (S6, subs. a), p2) i));

- did not voluntarily and expressly waive, in writing, any right to disclosure of the property or financial obligations of the other party beyond the disclosure provided (S6, subs. a), p. 2) ii); and
- did not have, or reasonably could not have had, an adequate knowledge of the property or financial obligations of the other party (S6, subs. a), p. 2) iii).
- If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility (S6, subs. b)).

As we can easily recognise almost all the cases of non-enforcement are actually general principles of contract law transposed to premarital agreements which have to be respected in order to enforce premarital contracts.

For the understanding of the relation between the state law, UPAA and enforcement of the contracts I will continue to present a case that underlines this connection. As I already mentioned at least 28 states have adopted the UPAA or parts of it. What is very important about this is that, even if the states did not adopt the whole text of UPAA and they transformed it as for their system of law, they have now statutory law about premarital contracts as well as comprehensive statutes that cover the enforcement issues.

Marriage of Shanks (Iowa 2008) is a case about a prenuptial agreement voluntarily completed by the wife under Iowa's UPAA and enforced by the State's Supreme Court⁴⁸. The facts of the case were presented in front of the court as follows. The agreement was drafted by the husband-to-be who was a lawyer and then presented to the wife-to-be. In first draft was proposed a separate ownership of the spouses assets gained before marriage and during the marriage and a joint ownership of the marital house. The future husband advised his partner to seek legal advice from an independent specialist. His future wife did go to a lawyer and made some adjustments to the draft and after that she gave the draft back to her husband-to-be. Again the husband-to-be made some small modifications to the draft and gave the draft to his future wife, advising her in the same time to seek independent legal advice. The wife-to-be signed the contract without going to a lawyer for legal advice and after six days they have got married.

After the failure of marriage the man wanted to enforce the premarital agreement. At the Court of appeal the man won his cause. First the Court of Appeal explained that, in Iowa, premarital agreements have to be enforced in concordance with Iowa UPAA. Under Iowa UPAA are three bases that can make an agreement unenforceable: voluntariness, unconscionability and financial disclosure. For the reason that Iowa UPAA was modelled after UPAA, having the same scope of increasing the certainty and enforceability and because in Iowa was absent any

other legislation in regards to premarital agreements the Supreme Court based its interpretation of the case on the comments and purposes contained by the UPAA⁴⁹. In the case was not found any motive of non-enforceability.

Comparison and evaluation: Marriage Contracts

The structure of the research was presented in such a way as to easier the comparative aspects of the countries by analysing the same institutions in each country.

A common core between Netherlands, England and USA of the recognition, legislation and enforcement of marriage contracts is not hard to find because all the countries have made and make progresses for the implementation, development and protection of marriage agreements. The common core is to encompass more and more rights for the future spouses that want to enter into matrimonial conventions. Though each system uses its own tools the result tends to be the same: enlargement of the freedom of the spouses in the contractual matrimonial field.

The country that has the highest level of legal certainty for the enforcement of marriage agreements is Netherlands, where the contracts (both prenuptials and post-nuptials) are treated on the same level in the Civil Code while in the United States the states that managed to unify their legislation have done it only for prenuptial agreements. On the third place of legal certainty is England because in English Law a prenuptial agreement is not recognised (they are not an institution per se) by substantial law only by the procedural law in the Ancillary Relief procedures, as a circumstance of the case.

When it comes about the protection of third parties and creditors the Netherlands protects very well the third parties and the creditors from fraud by imposing a system of publicity for marriage agreements while USA and England do not have special procedures like this.

The most similarities are identified among the institutions of marriage agreements principally in relation to some parts of their formation, parties, content and legal effects; especially between Netherlands and USA (states which apply UPAA law) while England lines with them for more specific parts. These are the similarities: -all the states require a written form of the premarital contract, the parties can be only the future spouses and the agreement itself is made in consideration of marriage;

- if the contract is signed after marriage, it is named post-nuptial agreement, and every country has different provisions than those for prenuptial agreements;
- the content of the contracts is mainly about matrimonial property of the spouses and they change the matrimonial imperative regime of property;
- all the contracts have to respect the "bonos mores";
- the parties may not derogate from parental responsibility;
- in all the contracts is present a principle of full disclosure of property; In Holland this is possible by means of the principles of reasonableness and equity as the

general principles that rules all contracts; In England the rule has been made by case law while in USA it is provided by specific provisions for premarital agreements in UPAA.

- in a way or another every country applies the general rules of contract for the enforcement and interpretation of prenuptial agreements ;

Searching for the differences they may be clearly seen because the English system of matrimonial conventions is unique, being developed by case law, and this is why I believe that it endows with the most differences, namely in the enforcement procedures.

These are the fundamental differences: - In Netherlands and USA the prenuptial agreements are established by statutory law in the Civil Code and UPAA respectively while in England they are not even recognised as an institution of substantial law;

- In Holland the prenuptial agreements can provide for the substitution of the matrimonial imperative system with another system of law while in USA the prenuptials can provide only for another state system that has adopted the UPAA; in England it is not possible to exclude the English law for the matters of ancillary relief and implicitly prenuptial agreements ;

- In Holland exists a unified system of marriage agreements that recognizes the same institution with the same substantial rules for both conventions, prenuptials and postnuptials while in England is made a big difference between those two; in USA the only unified law is the law of prenuptial agreements by means of UPAA.

- In England the enforcement of a prenuptial agreement is regarded only as a circumstance of the case, a juridical fact, and it depends of the other circumstances of the case like the birth of a child etc.

Despite the different historical and legal grounds on which the marriage agreements were established by applying the principle of functionality in comparative law I find the essence of the analysed institutions to be the same: to regulate a different regime of property than the legal one.

Same-sex marriages and quasi marriages

A new trend that explains the philosophy behind the concept of family rights is the functional perspective of the family. While the traditional view is encrypted in a strict model of what family is, and only that formal model is provided and protected by the law, the functional premise goes beyond formal family by embracing a dynamic and revolutionary outlook. This rationale encompasses the idea of dynamic change in law, dynamicity that reflects the changing social practices. According to this theory the law has to reflect and assist ‘‘actual family experiences and needs, rather than as encouraging or mandating a particularly family form’’⁵⁰. However the theory has many flaws because is based on the ‘‘we exist’’ argument and in all cases the choices to legalise same-sex marriages are politically related and not metaphysically rationalised.

Only in United States a survey from 2007 identified 780, 000 same-sex couples while a survey from 2005 acknowledged that in 2000 more than 39% of same-sex couples were raising more than 250 000 children⁵¹.

The countries that ultimately have recognised rights for homosexual's couples are Australia, Canada, USA and UK which are out of the continent and basically represent the common law system. In Continental and Civil Law Europe the Netherlands and Belgium have introduced marriage, quasi-marriage and semi-marriage to same-sex couples, other six countries have introduced quasi-marriage- Denmark, Norway, Sweden, Iceland, Finland and Netherlands or semi-marriage- France, Belgium and Germany⁵². There are also countries where marriage, quasi-marriage or semi-marriage is present only in some of their provinces - Spain, Switzerland, Canada, United States, Australia, and Argentina- or countries where same-sex couples are recognized as registered partners: Hungary and Portugal⁵³.

The next reports will explore the law of one of the promoters of same-sex marriages the Netherlands that represents the Civil Law System and one of the most conservatory systems of law, English law that has implemented new features vis-à-vis same-sex relations and represents the Common Law in Europe. From outside Europe I will try to find the common core of USA law.

1. Dutch same-sex marriage and quasi-marriage

Holland together with Norway can be considered the promoters of same-sex couples for the reason that they are among the first countries in Europe which have decriminalised the homosexuality in 1970-1974⁵⁴. In 2001 the Netherlands was the first country in the world that has recognised the institution of same-sex marriage in the civil code⁵⁵ by two acts: Act on the Opening up of Marriage and the Act on Adoption by Persons of the Same Sex. The Civil Code of the Netherlands states now in Art. 30(1) that a ‘‘marriage can be contracted by two persons of different sex or of the same sex’’.

Other legislative modifications that entered into force in 2001 with the scope of implementing into the whole system of law the institution of same-sex marriage are: The Adjustment Act of March 8, 2001 and the Act of October 4, 2001. The role of the Adjustment Act of March 8 was to ‘‘adjust the language of the legislation other than civil code’’⁵⁶. The idea was to replace the gender words like ‘‘mother’’ and ‘‘husband’’ with non-gender words like ‘‘spouse’’ and ‘‘parent’’. With the Act of October 4 has been introduced in the Civil Code of Netherlands a new article (253sa) that considers the non-extension of the presumption of paternity to children born to same-sex married persons. This provision is strictly restricted to lesbian couples as long as only same-sex couples constituted by women can give birth to a child ‘‘It would be pushing things too far to assume that a child born in a marriage of two women would legally descend from both women. That would be stretching reality. The distance between reality and law would become too great.

Therefore this bill does not adjust chapter 11 of Book I of the Civil Code, which bases the law of descent on a man-woman relationship'' this was encompassed in the Explanatory Memorandum for the Act on the Opening UP of Marriage⁵⁷.

The logic consequences of this rule are that the female partner of the female mother can have joint parental responsibilities only if a man has legally not recognised that child.

In Dutch law the married partner will not automatically obtain the legal status of a parent and the inheritance law rules can not apply; only if the female partner of the mother of the child goes to a process of adoption will obtain the legal parent status⁵⁸.

The second difference between marriage and same-sex marriage is about the inter-state adoption. Even though the adoption is possible for the same-sex couples in Netherlands, the inter-country adoption was banned in order to not have negative reactions from countries sending children to Netherlands for inter-state adoption⁵⁹. Away from these two differences (presumption of paternity and inter-state adoption) the official conditions for marriage between same-sex and heterosexual pairs are precisely the same.

2. English same-sex marriage and quasi-marriage

In England the recognition of the homosexual couples came along with the statutory law and not with the case-law. The Civil Partnership Act 2004 (CPA), entered into force in December 2005, has created a new formal status by granting virtually identical rights to marriage⁶⁰. But the English conservative society did not fell with all in front of the 'functional family' theory and the law does not recognise the same-sex civil marriage.

There are at least two important sources of law which clearly established that a marriage is an institution between two people of a different sex: Hyde v Hyde 'one man and one woman to the exclusion of all others' and the Matrimonial Causes Act 1973 section 11 'a marriage is void -c) that the parties are not respectively male and female'. The CPA sets out the civil partnership which is a new legal relation in English Law and it is recognised only for the same-sex couples. Not recognising for the opposite sex couples the institution of civil partnership can be seen as a form of discrimination against heterosexuals⁶¹.

CPA is a humongous law of 264 sections, from which 83 are about England and Wales, each of it having one or more paragraphs. It is a very complex act that sets rules for every single aspect of a civil partnership in high resembles with marriage. Starting with the formation procedure and going trough dissolution, nullity and other proceedings while ending with property and financial arrangements, civil partnership agreements and children. First article states that ''a civil partnership is a relationship between two people of the same sex''⁶².

The formation of civil partnership is made by registration and any party who is already in a marriage or registered partnership can not be eligible to register. Two people are considered to be registered partners once they have signed the civil partnership document at the invitation and in company of a civil partnership registrar and in presence of each other and two witnesses (S.2, CPA). Under the same section is forbidden to use the religious service in the same time the civil partnership registrar is officiating at the signing of a civil partnership document. This provision is seen as discriminatory because different sex couples can register their marriage and participate in a ceremony in the same time.

There are many other proceedings to be respected by future civil partners almost like in the case of marriage: notice and proposed civil partnership and declaration (S.8, CPA), the notice of proposed partnership (S.21, CPA), proposed civil partnership to be publicised (S.10, CPA), Dissolution of civil partnership which has broken down irretrievably (S.44, CPA) nullity-Grounds on which civil partnership is void (S.49, CPA), separation orders (S.56, CPA) etc. Also for property orders and financial relief the conditions are the same as for marriage. The civil partners have the same rights for parental responsibilities and adoption like spouses have.

3. USA same-sex marriage and quasi marriage

Even if DOMA⁶³ has been adopted by many American States there are authors which believe that the homosexual rights can be resulted from social rights movements “The civil rights movement in American politics has provided a model for other social movements seeking rights recognition and social change and spills over transnationally as the fundamental idea of rights claiming and rights seeking has roots throughout the liberal democracy”⁶⁴.

A recent comparative study from 2008 about same-sex relationships in the United States has divided the American States in three categories. First group of states are the states that ban the same-sex marriage and other same-sex relations -Alabama, Arkansas, Georgia, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Nebraska, North Dakota, Ohio, Oklahoma, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Virginia and Wisconsin-their state Constitution has been amended in order to prohibit any union other than hetero relations⁶⁵. In second class are analysed the states in which the law does not recognise the same-sex marriage while in some of these states other forms of same-sex relationships are accepted-Colorado, Hawai’i, Mississippi, Missouri, Nevada, Oregon, Tennessee, Arizona, California, Connecticut, Delaware, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Maryland, Minnesota, New Hampshire, North Carolina, Pennsylvania, Vermont Washington and Wyoming- from these group Hawai’i, Oregon, California, Connecticut, Maine, New Hampshire, Vermont and Washington have introduced legislative schemes for the registration of same-sex relationships⁶⁶. The last group of states are those which did not codified a regulation against the recognition of same sex relationships and which recognise to a certain level the same-sex relationships-Massachusetts, New Jersey, New Mexico, New York and Rhode Island.

It is easy to see that the states in the USA are divided in many categories and that a common core about the recognition of same-sex relationships is hard to find. For instance the State of Hawai'i recognises the same sex relationships under the organization of 'reciprocal benefits' which is a scheme that permits the registration also for hetero couples. Reciprocal benefits are defined as being 'a legal partnership between two people who are prohibited from marriage'⁶⁷; legal partnership for which the state has opted to provide the rights of the partners in the statutory law. Other states like California, Maine, New Jersey, Oregon, Washington and the District of Columbia legalised the domestic partnership term that was associated with a registration scheme that offers fewer rights than a civil union, even if this is not always the case⁶⁸. In Connecticut, New Hampshire, New Jersey and Vermont one can find the institution of civil union which in most of the cases offers the same rights, the same obligations and responsibilities, as spouses from regular marriages have.

Same sex marriage in USA was implemented in Massachusetts and California law by the Supreme Courts. In Massachusetts the case that changed the view was *Goodridge v. Department of Public Health* and the rationale of the decision was based on the constitutional provisions: "The Massachusetts Constitution affirms the dignity and equality of all individuals. It forbids the creation of second-class citizens" while the definition of civil marriage was given 'civil marriage to mean the voluntary union of two persons as spouses, to the exclusion of all others'⁶⁹. The same was the case in California with the Supreme Court decision in so called *In re Marriage Cases* where the Court had to answer if a differentiation between marriage of different-sex couples and the domestic partnership of same sex couples is unconstitutional. After the Court found that the same-sex couples have the same substantial constitutional rights keeping a distinction of names between institution of marriage and domestic partnership would ban the same-sex couples from the "historic and rightly respected designation of marriage"⁷⁰.

Comparison and evaluation: Same sex marriages and quasi marriages

I have found the institution of same sex marriage implemented in Netherlands and the states of Massachusetts and California. In all these three states the same sex marriage is treated almost the same as marriage. In Holland the same-sex marriage is legalised by statutory law while in USA this has been done by case law.

The common core of the countries, which do not recognise same sex marriage, is to legalise a scheme of quasi marriage that provides for the homosexual couples 'matrimonial rights' like in England and some of the states from USA. In Holland it is possible for a homosexual couple to enter in a marriage or in a registered partnership as well as the heterosexual couples, while in England the registered partnership is opened only for homosexuals. The USA has a very diverse law, with the starting point of the countries which adopted DOMA; or with countries which recognise a quasi-marriage scheme only for same-sex couples; some of the states recognise it for both couples and finally some states provide same sex marriage along with quasi marriage schemes.

The differences between the types of registered partnerships are a matter of quantity -of rights- and not of quality-because they represent the same juridical institution- the civil recognition of a relationship.

Conclusion

We saw that applying the principle of functionality, of comparative science, the law figures that were studied in this comparative research tend to have the same function: marriage contracts modify the legal matrimonial property regime while the same-sex marriages and quasi marriages provide the civil law recognition for the homosexual relationships. The differences found between the countries are a matter of ‘moral values’ or legislative option.

In Netherlands a marriage agreement is a compact institution that includes in the same time the prenuptial and postnuptial contracts while in England these contracts are of a different figure. The USA has managed to unify only the premarital conventions (UPAA) and this is the reason why they represent the common core.

Marriage for same-sex couples was found only in Netherlands, Massachusetts and California. England has the civil partnership which in the end provides almost the same rights as marriage does. In USA many countries are against homosexual relationships and they have adopted DOMA, while many others have different schemes of quasi-marriages.

The answer for the main question is Netherlands. Holland has the highest liberty for entering in marriage agreements and same-sex marriages. Every aspect of the institutions is codified in Civil Code which gives for the partners lots of possibilities for their contracts or marriage. Marriage contracts, marriage and registered partnerships are opened for every person regardless of their sex. Netherlands has as well the highest legal certainty because of the fact that it has a complex codification and the persons who are involved in this kind of law know how the courts would enforce it.

However England has a spectacular system for the enforcement of prenuptial agreements because they are only seen as a juridical fact. USA also is special because it has created DOMA and UPAA.

I conclude with the idea that the freedom in civil matrimonial relations is in direct proportionality with moral values behind the law.

BIBLIOGRAPHY

Branka Rešetar, *Matrimonial Property in Europe: A link between Sociology and Family Law*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 12.3, December 2008

Christofer Sharp, *Pre-nuptial agreements: A rethink required*, Family Law Journal, august 2008

- Civil Partnership Act 2004*, England, 2004
- Defense of Marriage Act*, USA, 1996
- Fairshare cases: spotlight, *Prenuptial voluntary executed under state UPAA version*, American Journal of Family Law
- Hawaii Reciprocal Beneficiaries*, Rev. Stat. §572C-2,
http://www.capitol.hawaii.gov/hrscurrent/Vol12_Ch0501-0588/HRS0572C/HRS_0572C-0001.htm
- Hedieh Nasheri, *Prenuptial Agreements in the United States: A need for closer control?*, International Journal of Law, Policy and the Family 12, 1998
- Ian Sumner and Caroline Forder, *Proposed revision of matrimonial property law, a new inheritance law and the First translation of the Dutch Civil Code, Book One (Family Law) into English*, Published by Jordans, 2004
- Ian Curry-Sumner & Scott Curry-Sumner, *Is the union civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA*, Utrecht Law Review, Vol. 4, June, 2008
- J.M. Masson, R. Bailey-Harris and R.J. Probert, *Principles of Family Law/ Cretney*, Published by Sweet & Maxwell, London, 2008
- Jenni Millbank, *The role of 'functional family' in same-sex family recognition trends*, Child and Family Law Quarterly, Vol. 20, No 2, 2008
- Kees Waaldijk, Others May Follow: *The introduction of marriage, quasi-marriage and semi-marriage for same-sex couples in European Countries*, Judicial Studies Institut Journal, Vol. 5, 2005
- Kees Waaldijk, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners, A comparative study of nine European countries*, Published by Institut national d'études démographiques Paris, 2005
- Lynn D. Wardle, *A Response to the —Conservative Case for Same-Sex Marriage: Same-Sex Marriage and —the Tragedy of the Commons*, BYU Journal of Public Law, Vol. 22, June, 2008
- Mark Harper and Lucie Alhadeff Withers LLP, *Crossley v Crossley: Are pre-nuptial agreements now binding in England?*, Family Law Journal, April 2008
- Mary Welstead, *Prenuptial agreements England and Wales*, The international survey of family law, 2004 Edition
- Miriam Smith, *Framing Same-sex Marriage in Canada and the United States: Goodridge, Halpern and The National Boundaries of Political Discourse*, Journal of Social & Legal Studies, Vol. 16, March, 2007
- Ole Lando, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, European Review of Private Law, No. 6, Netherlands, 2007
- Paul Vasilescu, *Regimuri Matrimoniale Parte Generală*, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, București, 2009

Robin Fretwell Wilson, *The Harmonization of Family Law in the United States*, article published in *European Challenges of Contemporary Family Law*, Edited by Katharina Boele-Woelki, 2008

The Civil Code of the Netherlands / [transl. from the Dutch by]: Warendorf, R. Thomas, I. C.-Sumner, Published by Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009

Uniform Premarital Agreement Act with Prefatory Note and Comments, Drafted by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, July 22-29, 1983

Wade K. Wright, *The Tide in favour of equality: Same-sex marriage in Canada and England and Wales*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 20, 2006

<http://www.medlawplus.com/legalforms/instruct/statelaw.tpl>

<http://www.emmeijers.nl/waaldijk>

CASES

Crossley v Crossley, England, 2007

Edgar v Edgar, England, 1980

Goodridge v. Department of Public Health, Massachusetts, 2003

Hyman v Hyman, England, 1929

In re Marriage Cases, California, 2008

J v J, England, 2003

K v K, England, 2003

M v M (Prenuptial agreement), England, 2002

Marriage of Shanks, USA, Iowa 2008

MacLeod v MacLeod, England, 2008

Pettitt v Pettit, England, 1970

* OVIDIU-IOAN PETRENCIU, masterand, Strassbourg; ovidiu.petrenciu@yahoo.com

¹ Paul Vasilescu, *Regimuri Matrimoniale Parte Generală*, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2009, pg. 216

² Kees Waaldijk, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries*, Published by Institut national d'études démographiques, Paris, 2005, pg. 138

³ Ian Sumner and Caroline Forder, *Proposed revision of matrimonial property law*, Published by Jordans, 2004, pg. 346

⁴ *Ibidem*, pg. 346

⁵ Paul Vasilescu, *Regimuri Matrimoniale Parte Generală*, Ediția a II-a, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2009, pg. 116

- ⁶ Ian Sumner and Caroline Forder, *Proposed revision of matrimonial property law*, Published by Jordans, 2004, pg. 346
- ⁷ *The Civil Code of the Netherlands* / [transl. from the Dutch by]: Warendorf, R. Thomas, I. C.-Sumner, Published by Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009
- ⁸ *Ibidem*
- ⁹ *The Civil Code of the Netherlands* / [transl. from the Dutch by]: Warendorf, R. Thomas, I. C.-Sumner, Published by Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009
- ¹⁰ *Ibidem*
- ¹¹ *Ibidem*
- ¹² Branka Rešetar, *Matrimonial Property in Europe: A link between Sociology and Family Law*, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 12.3, December 2008, pg. 15
- ¹³ *Ibidem*
- ¹⁴ Ole Lando, *Is Good Faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, *European Review of Private Law*, No. 6, 2007, pg. 846
- ¹⁵ *Ibidem*
- ¹⁶ J.M. Masson, R. Bailey-Harris and R.J. Probert, *Principles of Family Law/ Cretney*, Published by Sweet & Maxwell, London, 2008, pg.115
- ¹⁷ *Pettitt v Pettit*, England, 1970
- ¹⁸ J.M. Masson, R. Bailey-Harris and R.J. Probert, *Principles of Family Law/ Cretney*, Published by Sweet & Maxwell, London, 2008, pg 116
- ¹⁹ *MacLeod v MacLeod*, England, 2008
- ²⁰ Mary Welstead, *Prenuptial agreements England and Wales*, The international survey of family law, 2004 Edition, pg. 163
- ²¹ Christofer Sharp, *Pre-nuptial agreements: A rethink required*, *Family Law Journal*, august 2008, pg.748
- ²² *Ibidem*, pg.741
- ²³ *Hyman v Hyman*, England, Lords Atkin and Hailsham LC, 1929
- ²⁴ Christofer Sharp, *Pre-nuptial agreements: A rethink required*, *Family Law Journal*, august 2008, pg.741
- ²⁵ *Ibidem*, pg 742
- ²⁶ Mary Welstead, *Prenuptial agreements England and Wales*, The international survey of family law, 2004 Edition, pg.164
- ²⁷ *K v K*, England, 2003
- ²⁸ *J v J*, England, 2003
- ²⁹ *Edgar v Edgar*, England, 1980
- ³⁰ Christofer Sharp, *Pre-nuptial agreements: A rethink required*, *Family Law Journal*, august 2008, pg. 748
- ³¹ *Ibidem*
- ³² *Ibidem*
- ³³ *M v M (Prenuptial agreement)*, England, 2002
- ³⁴ *Crossley v Crossley*, England, 2007

- ³⁵ As quoted by Mark Harper and Lucie Alhadeff Withers LLP, *Crossley v Crossley: Are pre-nuptial agreements now binding in England?*, Family Law Journal, April 2008, pg. 335
- ³⁶ As quoted by Hedieh Nasheri, *Prenuptial Agreements in the United States: A need for closer control?*, International Journal of Law, Policy and the Family 12, 1998, pg. 307-322, pg. 308
- ³⁷ Robin Fretwell Wilson, *The Harmonization of Family Law in the United States*, article published in *European Chalanges of Contemporary Family Law*, Edited by Katharina Boele-Woelki, 2008, pg 27
- ³⁸ Hedieh Nasheri, *Prenuptial Agreements in the United States: A need for closer control?*, International Journal of Law, Policy and the Family 12, 1998, pg. 307-322, pg. 308
- ³⁹ By government here I understand the whole body that rules the country based on constitutional powers and not only the executive power.
- ⁴⁰ Hedieh Nasheri, *Prenuptial Agreements in the United States: A need for closer control?*, International Journal of Law, Policy and the Family 12, 1998, pg. 307-322 pg. 309
- ⁴¹ *Ibidem*, pg. 308
- ⁴² *Ibidem*, pg. 307
- ⁴³ <http://www.medlawplus.com/legalforms/instruct/statelaw.tpl>
- ⁴⁴ *Uniform Premarital Agreement Act with Prefatory Note and Comments*, Drafted by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, USA, July 22-29, 1983, Prefatory Note
- ⁴⁵ *Ibidem*, Comments Subs. 2.
- ⁴⁶ I presented the entire Section 3, Content of the Uniform Premarital Agreements Act, for the reader to see exactly the words used by legislator in establishing the most important part, the content of a premarital agreement.
- ⁴⁷ *Uniform Premarital Agreement Act with Prefatory Note and Comments*, Drafted by National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, July 22-29, 1983, Comments Subsection a).
- ⁴⁸ *Marriage of Shanks*, USA, Iowa 2008
- ⁴⁹ Fairshare cases: spotlight, *Prenuptial voluntary executed under state UPAA version*, American Journal of Family Law, pg. 104
- ⁵⁰ *Ibidem*, pg 156
- ⁵¹ Lynn D. Wardle, *A Response to the —Conservative Case for Same-Sex Marriage: Same-Sex Marriage and —the Tragedy of the Commons*, BYU Journal of Public Law, Vol. 22, June, 2008, pg. 453
- ⁵² Kees Waaldijk, *Others May Follow: The introduction of marriage, quasi-marriage and semi-marriage for same-sex couples in European Countries*, Judicial Studies Institute Journal, Vol. 5, 2005, pg. 105
- ⁵³ *Ibidem*, footnote no. 12
- ⁵⁴ Kees Waaldijk, *More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners, A comparative study of nine European countries*, Published by Institut national d'études démographiques Paris, 2005, pg. 49.
- ⁵⁵ Kees Waaldijk, *Others May Follow: The introduction of marriage, quasi-marriage and semi-marriage for same-sex couples in European Countries*, Judicial Studies Institut Journal, Vol. 5, 2005, pg. 106

⁵⁶ *Ibidem*, pg. 108

⁵⁷ <http://www.emmeijers.nl/waaldijk>

⁵⁸ Kees Waaldijk, *Others May Follow: The introduction of marriage, quasi-marriage and semi-marriage for same-sex couples in European Countries*, *Judicial Studies Institut Journal*, Vol. 5, 2005, pg 108

⁵⁹ *Ibidem*, pg 109

⁶⁰ Jenni Millbank, *The role of 'functional family' in same-sex family recognition trends*, *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 20, No 2, 2008, pg 166

⁶¹ Wade K. Wright, *The Tide in favour of equality: Same-sex marriage in Canada and England and Wales*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 20, 2006, pg. 249–285, pg. 260

⁶² *Civil Partnership Act 2004*, England 2004, Part 1, Introduction, Section1 Civil Partnership

⁶³ The Defense of Marriage Act, or DOMA, has been signed into law by President Bill Clinton on September 21, 1996. The Act has redefined the institution of marriage and grants the countries which adopted it the right to refrain from recognition of same sex marriage - Ian Curry-Sumner & Scott Curry-Sumner, *Is the union civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA*, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, June 2008, pg. 237

⁶⁴ Miriam Smith, *Framing Same-sex Marriage in Canada and the United States: Goodridge, Halpern and The National Boundaries of Political Discourse*, *Journal of Social & Legal Studies*, Vol.16, March 2007, pg. 8

⁶⁵ Ian Curry-Sumner & Scott Curry-Sumner, *Is the union civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA*, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, June 2008, pg. 239

⁶⁶ *Ibidem*, pg. 242

⁶⁷ Hawaii Reciprocal Beneficiaries, Rev. Stat. §572C-2,
http://www.capitol.hawaii.gov/hrscurrent/Vol12_Ch0501-0588/HRS0572C/HRS_0572C-0001.htm

⁶⁸ Ian Curry-Sumner & Scott Curry-Sumner, *Is the union civil? Same-sex marriages, civil unions, domestic partnerships and reciprocal benefits in the USA*, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, June 2008, pg. 245

⁶⁹ *Goodridge v. Department of Public Health*, Massachusetts, 2003

⁷⁰ *In re Marriage Cases*, California, 2008

BOOK REVIEWS

Raluca Miga-Beșteliu, *Drept internațional public*, volumul I, Editura All Beck, București, 2005, 183 pag.

Raluca Miga-Beșteliu, *Drept internațional public*, volumul II, Editura C.H. Beck, București, 2008, 229 pag.

Pentru literatura juridică din România și, în special, pentru literatura dreptului internațional public, cursul universitar al Doamnei Profesor Raluca Miga-Beșteliu reprezintă un eveniment care merită remarcat. Lucrarea este rezultatul unei cercetări științifice implicate și al îndelungatei experiențe didactice pe care autoarea a dobândit-o în calitate de profesor de drept internațional public la Facultatea de Drept din cadrul Universității București. Lucrarea face parte din categoria puținelor cursuri universitare de referință publicate în domeniu și contribuie în mod semnificativ la recuperarea rolului și al locului cuvenit dreptului internațional public în formarea oricărui jurist autentic.

Cursul este structurat în două volume care, într-un spațiu de peste 400 de pagini, oferă o prezentare completă, actuală, clară și pertinentă a principalelor regimuri juridice care însoțesc sistemul dreptului internațional public.

Volumul I este alcătuit din șapte capitole care tratează: natura dreptului internațional public, regimul juridic al subiectelor specifice dreptului internațional public și al altor entități care participă la raporturi juridice în societatea internațională, regimul juridic al izvoarelor dreptului internațional în general și al tratatului internațional în special, competențele statului asupra persoanelor și asupra teritoriului, dreptul mării și regimul juridic al spațiului cosmic.

Volumul al II-lea, alcătuit și el din șapte capitole, prezintă tema soluționării pașnice a diferendelor și a răspunderii internaționale a statelor, expune regimul juridic general al organizațiilor internaționale interguvernamentale și, în acest context, descrie *in extenso* specificul Organizației Națiunilor Unite, al instituțiilor specializate din cadrul ONU, precum și evoluția sistemului de securitate colectivă creat prin Carta ONU. În plus, acest volum dedică un capitol distinct organizațiilor europene și euroatlantice.

Prezentarea și analiza problematicii pe care o presupune tematica organizării internaționale, în planul dreptului internațional public, constituie unul dintre elementele distinctive ale acestui curs, care îl detașează printre lucrările de gen.

În contextul evoluției istorice a organizațiilor internaționale, sunt identificați și analizați trei „factori hotărâtori” care au determinat apariția, proliferarea și diversificarea organizațiilor internaționale: „necesitatea prevenirii războiului și reglementării regulilor purtării acestuia” (p. 58), „interdependențele care apar în procesele de dezvoltare a națiunilor” (p. 58) și „efectul conjugat al noilor probleme cu care se confruntă societatea

internațională, ale căror proporții globale nu pot fi supuse decât unui tratament global (...) creșterea populației, sărăcia și alimentația, controlul deteriorării mediului, epuizarea unor resurse, valorificarea resurselor marine, utilizarea spațiului cosmic” (p. 59).

Din rațiuni didactice, lucrarea prezintă și analizează elementele constitutive ale organizațiilor internaționale într-o manieră deductivă, pornind de la definițiile pe care G. Fitzmaurice și Bindschedler le-au dat organizațiilor internaționale.

O importanță aparte este acordată analizei actului constitutiv al organizațiilor internaționale, căruia i se subliniază caracterul de acord cu dublă natură: „el este un tratat multilateral între state și, în același timp, instrumentul juridic fundamental în baza căruia se constituie și funcționează organizația internațională, ca subiect nou de drept internațional. Datorită acestui specific, un astfel de tratat diferă de tratatele obișnuite din punct de vedere al elaborării, intrării în vigoare, interpretării, admiterii de rezerve sau modificării” (p. 68).

Sunt prezentate temeiul personalității juridice a organizațiilor internaționale, limitele acestei personalității juridice și opozabilitatea ei, față de membri și față de statele terțe. În acest context, este de remarcat faptul că autoarea atribuie tuturor organizațiilor internaționale o personalitate juridică obiectivă: „În privința opozabilității personalității juridice a organizației internaționale *față de statele terțe*, nemembre ale respectivei organizații, potrivit unei reguli cutumiare a dreptului internațional, enunțată și în art. 34 al Convenției de la Viena privind dreptul tratatelor, un acord nu creează prin el însuși nici obligații și nici drepturi pentru un stat terț, fără consimțământul acestuia. Ar părea deci că opozabilitatea personalității juridice a organizațiilor internaționale, în raporturile acestora cu terții, ar depinde de recunoașterea acesteia de către terți. Dar personalitatea organizațiilor internaționale nu este, după cum se exprimă Curtea referindu-se la ONU «pur și simplu» o personalitate recunoscută doar de statele membre, ci «o *personalitate internațională obiectivă*», cu alte cuvinte opozabilă *erga omnes*” (p. 74-75).

Actul constitutiv reprezintă și temeiul legal al capacității juridice de care se bucură organizațiile internaționale pe teritoriul fiecărui stat membru, pentru a-și putea atinge scopul și pentru a-și exercita funcțiile. Personalitatea juridică de drept intern a organizațiilor internaționale decurge așadar din actul lor constitutiv și este opozabilă tuturor statelor membre, însă „fiecare stat poate să recunoască această personalitate așa cum este ea prevăzută în actul constitutiv, dar poate și s-o lărgască sau s-o restrângă, fie în baza unui acord internațional, fie în baza unei legi interne” (p. 75).

Sunt prezentate formele de manifestare a personalității juridice de drept internațional a organizațiilor internaționale și principalele probleme legate de fenomenul dizolvării organizațiilor internaționale. Sub acest ultim aspect, practica internațională heterogenă și absența unor reguli cu valabilitate generală generează concluzia „că fiecare caz cunoscut de dizolvare a unei organizații internaționale își are regulile sale, aceasta și pentru faptul că decizia de a dizolva o organizație, de a crea una nouă sau de a amenda actul constitutiv al unei organizații existente este în mare parte determinată de considerente de ordin politic” (p. 81).

Lucrarea explică și subliniază caracterul voluntarist al participării la activitățile organizațiilor internaționale și prezintă modurile de dobândire și de pierdere a calității de membru, precum și formele participării unor organizații internaționale la activitățile altor organizații internaționale, atunci când între obiectivele lor există puncte de interferență. În acest context este analizată și posibilitatea unei organizații internaționale de a participa la activitățile altei organizații internaționale în condiții de egalitate cu statele membre ale celei din urmă; răspunsul este căutat în studii de caz, precum participarea Agenției Internaționale pentru Energie Atomică la centrul regional de radioizotopi pentru Orientul Mijlociu sau statutul Comunităților Europene în cadrul Organizației Mondiale a Comerțului.

De asemenea, lucrarea prezintă pe spații largi structura și funcționarea organizațiilor internaționale și analizează forța juridică a hotărârilor adoptate în cadrul acestora.

Un loc aparte în ansamblul tematicii dedicate organizațiilor internaționale este rezervat Organizației Națiunilor Unite. Istoricul acestei organizații determină revenirea la Societatea Națiunilor, la actele premergătoare constituirii ONU și chiar la căutarea paternității expresiei „națiunile unite”. ONU este descrisă ca „o organizație cu vocație universală, atât în ceea ce privește entitățile sale -state suverane-, cât și domeniile în care se implică, scopul său principal fiind menținerea păcii și securității internaționale” (p. 123). Sunt prezentați membrii organizației și statutul lor juridic, cele șase organe principale și organele subsidiare ale ONU, cu alcătuirea, funcțiile și competențele lor, organizarea lucrărilor și adoptarea hotărârilor.

În contextul sistemului de securitate colectivă sunt analizate limitele utilizării forței în dreptul internațional contemporan: principiul interzicerii recursului la forță și excepțiile instituite de Carta ONU, modalitățile de utilizare a forței în cadrul sistemului de securitate colectivă creat prin Carta ONU, limitele acestui sistem și soluțiile din practica internațională. De asemenea este invocată și discutată problema legitimei apărări anticipate, din perspectiva luptei împotriva terorismului internațional și a încercărilor de a controla proliferarea armelor de distrugere în masă.

O altă „normă nouă” a dreptului internațional contemporan și una dintre soluțiile de reformare a sistemului de securitate colectivă instituit de Carta ONU în 1945 este considerată și obligația internațională de a proteja, formulată cu scopul de a permite organizației mondiale să răspundă cât mai bine „amenințărilor, provocărilor și schimbării” (p. 166) cu care se confruntă societatea internațională contemporană. În temeiul acestei obligații, ONU ar urma să intervină printr-o „acțiune colectivă hotărâtă”, în temeiul Capitolului VII al Cartei, din partea Consiliului de Securitate”, „în cazul unor violări masive ale drepturilor omului, cum ar fi: genocidul, încălcarea normelor dreptului internațional umanitar, purificările etnice sau alte crime împotriva umanității”, „în situațiile în care se dovedește că: 1) autoritățile naționale nu pot sau nu sunt dispuse să asigure protecția propriei populații împotriva unor asemenea grave încălcări ale drepturilor omului, iar 2) recursul la mijloacele pașnice aflate la dispoziția Consiliului de Securitate apar ca inadecvate” (p. 167).

Lucrarea prezintă și principalele elemente care individualizează fiecare dintre instituțiile specializate din sistemul Națiunilor Unite, precum și caracteristicile Agenției Internaționale pentru Energia Atomică (AIEA), în virtutea raporturilor speciale ale acestei din urmă cu Consiliul de Securitate, cu Adunarea Generală și cu Consiliul Economic și Social.

Un capitol distinct este rezervat organizațiilor europene și euroatlantice: Consiliul Europei, Organizația Tratatului Atlanticului de Nord (NATO), Organizația pentru Securitate și Cooperare în Europa (OSCE). Fiecare dintre aceste organizații este prezentată retrospectiv și evolutiv, sunt descrise scopurile și principiile fondatoare, structura instituțională și procedurile de admitere, este subliniat rolul lor în spațiul relațiilor internaționale și al dreptului internațional public.

Alături de temele clasice, care pot fi anticipate în orice curs de drept internațional public, lucrarea surprinde, așadar, printr-o abordare extinsă și de profunzime a regimului juridic al organizațiilor internaționale, căruia îi sunt dedicate cinci din cele șapte capitole ale volumului II. Expertiza autoarei în problemele juridice pe care le implică fenomenul organizării internaționale a fost confirmată, de altfel, și în monografia sa „Organizații internaționale interguvernamentale” aflată, în 2006, la a treia ediție.

Fiecare capitol al cursului este urmat de o „anexă pedagogică” în care se reiau, succint, trimerile bibliografice și jurisprudența internațională relevante pentru tema prezentată, precum și termenii și expresiile juridice specifice. În plus, prin intermediul unor întrebări și teme de dezbateri, fiecare „anexă pedagogică” constituie un dosar aplicativ al informațiilor teoretice prezentate și oferă pretextul unor analize mai largi și aprofundate ale subiectelor propuse. Prin aceasta, lucrarea se prezintă ca un instrument științific util nu doar celor care au primul contact cu domeniul dreptului internațional public, ci și celor care doresc să-și îmbogățească ori să-și aprofundeze cunoștințele anterioare.

Cursul are la bază un bogat aparat bibliografic, alcătuit din lucrări doctrinare de referință, instrumente internaționale și hotărâri judiciare ori arbitrale. De asemenea, el cuprinde un index detaliat al noțiunilor juridice abordate în cuprinsul său, care permite cititorului localizarea rapidă și exactă a chestiunilor de interes personal.

Lucrarea Doamnei Profesor Raluca Miga-Beșteliu este un curs complet, care se recomandă printr-o distincție de ansamblu, prin claritatea prezentărilor, prin pertinenta explicațiilor și prin acuratețea informațiilor oferite, prin analiza precisă și „la zi” a dreptului internațional public și, nu în ultimul rând, prin caracterul accesibil al discursului științific. Exercițiile incluse în dosarele aplicative ale temelor prezentate sunt bonusuri dăruite cititorului implicat, care aduc mai multă lumină textului și invită la noi căutări.

Datorită acestor calități, cele două volume ale lucrării *Drept internațional public*, reprezintă un material de referință esențial oricărei biblioteci juridice și, nu mai puțin, un instrument util oricui dorește să-și lărgască și să-și aprofundeze înțelegerea dreptului internațional public.

Asist. DIANA OLAR

BOOK REVIEWS

**Gheorghe Mihai, *Fundamentele dreptului .(IV) Probarea în dreptul pozitiv*,
Ed. C.H. Beck, București, 2008, 376 p., prefață Emil Moroianu**

Gheorghe Mihai este un nume consacrat în doctrina de specialitate, mai ales prin varietatea și consistența temelor abordate, extrem de bine ancorate în contemporaneitate.

Fundamentul epistemologic al probării este subliniat de autor, motiv pentru care arată că “proba și probarea nu constituie un apanaj al disputelor judiciare, ci au o extensie mult mai mare... țin de cunoaștere”. (pag. 75) Prin prisma mai multor științe, probarea este astfel o dispută conceptuală și tehnică de ordin filosofic, logic, etic, psihologic, sociologic. Interferența dreptului cu morala și religia, inclusiv pe tărâm probator, este un pretext pentru autor de a sublinia chintesența și totodată neajunsul major al democrației, și anume imposibilitatea impunerii valorilor, principiilor și conștiinței prin votul majorității, care astfel nu pot fi generate prin acte normative, fie ele interne sau internaționale. În acest sens, amintim adagiul extraordinar: “o prostie susținută de mai mulți, tot prostie rămâne.”

Probarea judiciară, aflată la interferența între procedura civilă și cea penală, se înscrie perfect în problematica *Fundamentelor dreptului*, prin abordarea unitară și sistematică a autorului. Aceasta este și nota particulară a lucrării, comparativ cu alte abordări unilaterale din materia probării care ating adiacent această temă sau o circumscrie exclusiv în sfera dreptului procesual civil sau procesual penal. Pe de altă parte, unitatea metodologică a probării în ambele procese, civil și penal, nu-l împiedică pe autor să evidențieze critic notele dispartate în materia probării din cadrul celor două proceduri. (pag. 131)

Se remarcă de la început finețea raționamentelor și dimensiunea filosofică a lucrării. Reflecția filosofică în cercetarea juridică reprezintă așadar firul conductor al lucrării, cu temerara întrebare “Ce este adevărul?!” care conferă originalitate și consistență lucrării. Cu atât mai valoroasă este abordarea, cu cât probarea ca procedură trebuie fundamentată pe adevăr, ceea ce subliniază prevalența substanțialului asupra proceduralului, și nu viceversa, ceea ce reprezintă tocmai curentul actual în domeniul dreptului.

Abordarea filosofico-juridică impune, totodată, trasarea foarte precisă a conceptelor și îmbogățeste considerabil registrul operei. Astfel, în circumscrierea termenului de “probare”, *convingerea*, axată pe destinatar, nu se suprapune conceptual cu *demonstrația*, axată pe obiecte formale. Autorul arată că bagajul filosofic este fundamental dreptului, care presupune un aparat conceptual propriu, al cărui conținut trebuie bine delimitat și

clarificat. Lucrarea devine, în acest sens, un apret al probării juridice. Această pedanterie a autorului ar putea fi considerată de unii ca un exces sau abuz de conceptualizare.

Implementarea normelor juridice în raporturile sociale, în vederea rezolvării diferendelor, implică probarea. Se subliniază importanța probării ca adevăr factual și juridic. În acest context, este foarte bine ales *motto*-ul capitolului intitulat "Realizarea dreptului pozitiv": "Nu este suficient să faci dreptate, ci trebuie să se și vadă că ai făcut dreptate." - Lord Hewart – (pag. 31)

Integrarea probării în *Fundamentele dreptului* ține de problematica determinării adevărului juridic. Este de subliniat adevărul – valoare al propozițiilor cognitive care formează obiectul probării. Tot în capitolul " Problema adevărului; adevărul judiciar", autorul atinge tangențial instituția autorității lucrului judecat, pusă în paralel cu probabilitatea concluziilor, care dobândesc astfel un caracter " apodictic adevărat". (pag. 122)

Testarea juridică, diferită de cea factuală, are în plus retorica discursului care, de exemplu, prin "argumente emoționale, nu rezonabile", poate pleda pentru războiul din Irak. (pag. 134) Fundamentarea dreptului se realizează, în acest caz, ca utilitate, nu ca adevăr. Una este realitatea factuală și alta este caracterul adevărat sau fals despre aceasta.

În capitolul "Despre principii și reguli ale probării" se remarcă cu prisosință acuratețea autorului care surprinde identitatea falsă între regulă și principiu, prima având caracter imperativ, pe când principiul doar orientativ, precum și "deformările practice", pornind de la conceptele operate. Astfel, "conținutul legal al principiului" conduce la falsa idee că există o latură legală și una nelegală a principiilor juridice, ceea ce pledează încă o dată pentru necesitatea acurateței termenilor utilizați și circumscrierea atentă a conceptelor juridice. (pag.151)

Autorul surprinde caracterul formal al egalității din norma juridică, considerând că "principiul echității umanizează formula juridică a egalității, fiind calea de legătură dintre normele din sistemele de drept și categoriile moralei naturale, conexând dreptul legal, normativ cu dreptul metalegal, natural în așa fel că îmbogățește unilateralitatea normei juridice." (pag. 158) Autorul demitizează, totodată, conceptul de "avocat bun" – care este în stare să găsească chichițe ale legii (pag. 180) - fără a fi interesat de problema fundamentală, cea a adevărului. Autorul arată faptul că probele, sub aspect formal, sunt egale, dar sub aspect psihologic, devin ierarhizate.

"Excursul istoric în tema probării" conferă autorului prilejul de a ilustra mijloacele de probă utilizate de-a lungul timpului, cu relevarea anacronismul unor probe, cum ar fi tortura - mijloc de probă de excepție în problema terorismului. Autorul consideră o falsă metamorfoză a unor probe, cum este cea a ordaliei apei sau focului, care își regăsește corespondentul în caracterul irațional din testul poligrafului, utilizat în zilele noastre.

Autorul arată că probarea judiciară presupune o relație triadică, prin intervenția judecătorului care are obligația de a stăruii în scopul aflării adevărului. Procedura

contradictorialității presupune argumente și contraargumente partizane, astfel încât judecătorului îi revine rolul, prin imparțialitate, de a separa “grâul de neghină”, arta ascultării fiind esențială în vederea atingerii acestui obiectiv. (pag.180) Din nou, autorul separă conceptul de *imparțialitate*, de care trebuie să facă dovadă judecătorul, de noțiunea de *obiectivitate*, despre care nu poate fi vorba în materia probării, având în vedere implicarea subiecților umani în operațiune. Imparțialitatea față de părți trebuie fundamentată, în opinia autorului, pe trei repere conjuncte: instanța e reprezentanta puterii etatice, a conștiinței sociale și a interesului general.(pag. 209) Autorul remarcă faptul că justiția, în calitate de serviciu public, este “subsistem al statului” și “subsubsistem” al politicului (pag. 210), iar arta constă în stabilirea echilibrului dintre nevoia de imparțialitate și cea de promovare a interesului politic. “Neutralitatea socială a judecătorului mai înseamnă rezistența absolută față de presiuni externe politico-economice, riscându-și chiar interesele personale, bunurile, viața.” (pag. 332) - se desprinde imaginea judecătorului - erou, nu a judecătorului - marionetă.

Aprecierea probelor reprezintă “pivotalul sistemului probator”, care trebuie să se bazeze pe diferite coordonate, și anume verosimilitate, relevanță, concludență, utilitate, care devin astfel condiționări ale libertății probelor.(pag. 186-188) Ideea centrală în materia probării este că numai propozițiile cognitive pot forma obiect al activității de probare.

Autorul atinge adiacent aspecte precum exproprierea pentru utilitate publică, pedeapsa cu moartea și ridică, în acest context, problematica hotărârii judecătorești, corectă sub aspectul procedurilor și interpretărilor, dar imorală. (pag. 324-325)

Cucerește, de asemenea, plasticitatea exprimării autorului. Cităm, în acest context, ironia fină a la Molière:”publicitatea legii creează o prezumție absolută de cunoaștere a ei, orice persoană, *nolens volens*, fiind considerată jurist chiar în pofida dorinței ei” (pag.305), respectiv fascinația drepturilor omului “regășite” în politic: “binefacerile drepturilor omului, pălitate de culorile politice pe care le vădesc majoritățile parlamentare”(pag. 108). Justul dincolo de rigorile legii are uneori pentru juriști, în concepția autorului, valoarea unor “struguri acri” (pag. 325), termenul rezonabil este un “cuvânt care spune totul și nimic” (pag. 330), iar rostirea dreptului nu înseamnă că judecătorul este numai “gură”, fără minte. (pag. 340) Judecătorul are un rol dual activ, atât în privința probelor, cât și în privința normelor, pe care le interpretează - “judecătorul are, nu este putere”. (pag. 328)

Marea subtilitate a raționamentelor juridice, permanenta pedanterie lingvistică relevă un autor pasionat de ceea ce face, care transpune pasiunea sa în lectura vie, antrenantă a lucrării. Subliniem, în acest sens, nota particulară a probării surprinsă de autor, care arată faptul că “starea obiectivă se asociază cu evaluarea subiectivă; în aceasta constă *fascinația* probării judiciare”.(pag. 74) Fascinația cercetării realizează o pasionantă incursiune științifică, în măsură să capteze receptorul. O abordare, chiar în cadrul unei note de subsol, devine astfel o mină de aur de idei, care deschide drumul spre noi demersuri științifice.

Dezbaterile pe teren probator reprezintă un instrument esențial al înfăptuirii justiției, astfel încât lucrarea suscită interes atât pentru teoreticienii cât și pentru practicienii dreptului.

Finețea raționamentelor și problematicile actuale ridicate de autor validează o adevărată bijuterie juridică, astfel încât proba valorii științifice este incontestabilă.

Lucrarea reprezintă, în esență, o interpretare *de profundis* a ceea ce înseamnă drept și justiție, prin prisma probării, tratată în manieră extrem de pedantă de către autor.

Dr. MEDA BOROȘTEANU