

STUDIA
UNIVERSITATIS BABEȘ-BOLYAI
IURISPRUDENTIA

Nr. 1 / 2019

Ianuarie – Martie

COLEGIUL REDACȚIONAL

REDACTOR-ȘEF: prof.dr. Florin STRETEANU

REDACTOR COORDONATOR: asist. Dorin JOREA

SECRETAR DE REDACȚIE: lect. dr. Sergiu GOLUB

MEMBRI:

prof.dr. Paul VASILESCU

prof.dr. Mircea Dan BOB

conf.dr. Sergiu BOGDAN

lect.dr. Cosmin COSTAȘ

REFERENȚI:

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

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

Bjarne MELKEVIK – profesor, Université Laval, Québec

Benoit MOORE – profesor, Université de Montréal

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

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

Dan CHIRICĂ – profesor, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca

CUPRINS

- » **Studii:** Paul VASILESCU: *Diferend între incapacitățile civile – de folosință ori de exercițiu?*..... 5-21
- » **Studii:** Dan-Andrei POPESCU: *Mediation in matters concerning parental responsibility and international child abduction. Recognition and enforcement of agreements concluded during return proceedings*.....22-67
- » **Studii:** Dan NEMETI: *Tradițiunea bunului imobil în transferurile de proprietate a domino prin Cartea Funciară* 68-113
- » **Studii:** Alina-Emilia CIORTEA: *Drepturile succesorale ale soțului supraviețuitor în Țara Românească și Moldova în secolele XVIII-XIX*.....114-152
- » **Studii:** Dumitru BALEA: *Efectele patrimoniale ale libertății în Codul civil român*..... 153-197

STUDII

DIFEREND ÎNTRE INCAPACITĂȚILE CIVILE –
DE FOLOSINȚĂ ORI DE EXERCITIU?

DOI: [10.24193/SUBBiur.64\(2019\).2.1](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.64(2019).2.1)
Published Online: 2019-07-03

Paul Vasilescu*

Rezumat: Teza preluată din anii cincizeci e că legea ar fi autorizată să limiteze capacitatea de folosință a persoanei fizice. Respingem principal această concluzie, care a devenit însă un loc comun inclusiv în dreptul civil actual, pentru că personalitatea juridică a omului nu e (atât) un artefact legal, ci (mai ales) o calitate înăscută. Orice limitare a posibilității de a încheia unele acte juridice se poate lesne subsuma incapacităților de exercițiu, fără nicio pierdere pentru sistemul juridic. La final am inserat câteva remarci legate de Legea 17/2000, care instituie o măsură de protecție civilă a capabilului major, imposibil de justificat, dacă respectăm regulile capacității civile.

Cuvinte-cheie: capacitatea de exercițiu; capacitate de folosință; incapacități; persoana fizică.

* Facultatea de Drept a Universității Babeș-Bolyai din Cluj, vpaul@law.ubbcluj.ro.

L'ARCANE DE L'INCAPACITE SPECIALE DE JUIR.

Bref : Clin d'œil sur la personnalité humaine juridique, sans parler de celle morale, afin de pouvoir mieux cerner l'incapacité d'exercice confondue à tort maintes fois avec celle de jouir. On réfute toute violation de la capacité de jouir sous le mot qu'il soit loisible à le borner légalement, et par conséquent, on arrive à la conclusion que lesdites incapacités ne sont que de simples interdictions légales de conclure tel ou tel acte civil. A la fin de l'étude, on passe en revue le cas roumain de l'autorisation administrative des actes conclus par un majeur – présent, capable, mais âgé –, par un service spécial de la mairie de son domicile. Voilà donc une solution assez insolite pour protéger civilement, sous peine de nullité relative, ceux-ci qui peuvent juridiquement se débrouiller tout seuls. Mais trop de protection ne gâche-t-elle pas l'idée de protection ?

Mots-clés : capacité civile ; incapacité d'exercice ; incapacité de jouir ; personne physique.

ABSTRUSE ASPECTS OF THE INCAPACITY OF ENJOYMENT

A widespread thesis, which began in the fifth decade of the XXth century in Romania, states that the Law can be authorised to limit the capacity of enjoyment of a natural person. We reject, out of principle this conclusion, because the personality of the human being is not a (mere) legal artefact but (more so), an inborn characteristic.

Any limitation of one's abilities to enter into a contract can be explained through the concept of incapacity of exercise, without any loss for our legal system. We also made some remarks concerning Law no 17/2000, which establishes a civil protection measure concerning capable adults, which is impossible to defend taken into account the rules of legal capacity.

Keywords: legal capacity; incapacity of exercise; incapacity of enjoyment; natural person.

Limitarea drepturilor fiecăruia pare condiția asigurării libertății tuturor. În continuare ne vom referi exclusiv la persoana fizică, încercând să vedem dacă este totuși admisibilă ideea foarte răspândită că aceasta poate fi afectată de o incapacitate specială de folosință¹ (I). Cazurile legale în care se evocă pretinsa incapacitate de folosință nu sunt multe, dar pentru noi rămân simple incapacități de exercițiu (II), urmând ca în final să ne referim la o ipoteză de asistare a majorului capabil, fără ca măcar integritatea sa juridică să fie contestată (III).

(I) Dreptul civil cunoaște și el o sumedenie de restrângeri, incapacități, incompatibilități, îngrădiri, indisponibilizări și sancțiuni, dar întrebarea ce ne preocupă aici este dacă și capacitatea de folosință poate fi limitată legitim. Indiferent de orientare, autorii sunt de acord în privința câtorva idei importante. Prima privește caracterul de excepție al incapacității de folosință și a sursei sale, întotdeauna legale. Prin urmare, s-ar putea discuta despre o incapacitate de folosință numai când legea instituie o asemenea limitare – indicată în mod expres și punctual, iar interpretul normei e lipsit de forța de a o extinde – prin analogie, și în alte ipoteze similare. Orice incapacitate reprezintă o excepție de la regula capacității, ea rămânând de strictă interpretare. A doua idee derivă din funcția juridică a capacității de folosință. Această capacitate fiind constitutivă de personalitate juridică, ar fi posibil de admis cel mult doar unele îngrădiri (legale), denumite incapacități speciale.

¹ **Sediul materiei:** art. 28-29; 34-36 C.civ. E. Chelaru – Drept civil. Persoanele, ed. C.H. Beck, București-2016, p. 17; M. Nicolae (coord.), V. Bîcu, G.A. Ilie, R. Rizoiu – Drept civil. Persoanele, ed. Universul Juridic, București-2016 (citată în continuare G.A. Ilie), p. 139; I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu – Introducere în dreptul civil, ed. Hamangiu, București-2013 (citată în continuare I. Reghini), p. 85; O. Ungureanu, C. Jugastru – Drept civil. Persoanele, ed. Hamangiu, București-2007, p. 60; O. Ungureanu, C. Munteanu – Drept civil. Persoanele, ed. Universul Juridic, București-2013, p. 103.

În consecință, ar fi de neimaginat o privare totală a ființei umane de întreaga sa capacitate de folosință, căci o asemenea interdicție generală ar transforma omul într-un lucru, lipsindu-l de subiectivitate juridică. Deci, lipsa totală a capacității de folosință este cert un nonsens juridic, imposibil de admis, indiferent de concepția pe care o împărtășim asupra capacității civile a persoanei fizice.

Întrebarea la care am vrea să schițăm aici un răspuns este dacă într-adevăr admitem existența *de lege lata* a incapacității speciale de folosință! Iar pentru că prea frecvent se admite o asemenea idee, suntem ținuti să trecem în revistă argumentele acestei teze. Adică, ce ne-ar putea convinge că ar exista restrângeri legale ale capacității de folosință?

Înainte de toate, ar fi vorba de tradiția juridică. Aceasta este reprezentată de un efort doctrinal, început din anii 50, sprijinit pe unele texte ce au modificat forma originală a vechiului codice civil (1865) în materie de persoane și familie. Normele² au dăinuit din 1954 până în 2011, constituind astfel sprijinul legal al doctrinei³ incapacităților speciale de folosință. Mai apoi, preluând substanța reglementării anterioare amintite, actualul Cod civil ne-ar sugera că incapacitățile speciale de folosință ar fi supraviețuit legii vechi; ceea ce ar justifica nemijlocit și continuitatea intelectuală a doctrinei în

² Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, publicat în B.Of. nr. 8 din 30 ianuarie 1954 și Decretul nr. 32/1954 pentru punerea în aplicare a Codului Familiei și a Decretului privitor la persoanele fizice și persoanele juridice, publicat în B.Of. nr. 32 din 31 ianuarie 1954.

³ G. Beleiu – Drept civil român. Persoanele, ed. Tipografia Universității București-1982, p. 26; P. Cosmovici (coord.) – Tratat de drept civil, vol. I, ed. Academiei RSR, București-1989, p. 60; M.N. Costin – Marile instituții ale dreptului civil român, vol. II, ed. Dacia, Cluj-1984, p. 98.

materie. Adevărat, există câteva texte⁴ în Codul civil din care reiese clar voința legiuitorului de a institui posibilitatea ca o normă specială să limiteze (cândva și cumva) capacitatea de folosință. Cu toate acestea, legea civilă nu cuprinde reglementări concrete pe care să le prezinte *ad litteram* și neîndoios ca fiind cazuri de incapacități de folosință. Altfel spus, Codul civil nu conține niciun exemplu legislativ de incapacitate de folosință – calificat astfel expres de legiuitor, după cum nu indică *de plano* nici sancțiunea specifică aplicabilă în cazul sfidării acestei incapacități.

Invers, ce ne-ar putea convinge că *de jure* incapacitățile de folosință nu există? În primul rând, tot legea civilă. Și nu este prima dată când textele codului sunt echivoce, părând că ezoterismul ar fi cheia ieșirii la liman. Oricum, Codul civil proclamă cu titlu de principiu că persoana⁵ poate să fie limitată în capacitatea sa de folosință, dar nu reglementează expres niciun caz de incapacitate, care să fie dincolo de orice dubiu, una de folosință. Lipsa exemplelor de reglementare expresă a incapacității e foarte importantă, pentru că o incapacitate este o excepție, iar orice excepție trebuie precis, limpede și direct instituită legal. Aceasta cu atât mai mult cu cât în discuție este capacitatea de folosință, element constitutiv de personalitate, iar orice îngrădire a acestei capacități valorează șubrezirea personalității juridice a

⁴ „Nimeni nu poate fi îngrădit în capacitatea de folosință [...] decât în cazurile și condițiile expres prevăzute de lege.”, v. art. 29 alin. (1) C.civ. „Poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte.”, v. art. 1180 C.civ.

⁵ Art. 29 alin. (1) C.civ. este sediul acestei limitări. Textul s-a vrut general, dar el se referă doar la persoana fizică, căci folosește pronumele *nimeni*, inadecvat însă pentru a indica și persoana juridică. De cele mai multe ori, textele generale – puse înaintea unor reglementări speciale din Codul civil –, mai mult încurcă decât ne luminează. În cazul de față, ideea de restrângere a capacității de folosință a persoanei fizice se găsește *exclusiv* în acest text general, celelalte texte dedicate capacității de folosință a individului uman (art. 34-36 C.civ.) nu conțin referiri la limitări ale acestei capacități.

omului. Subliniem, în discuție nu este deci vorba de o simplă restricție oarecare. De aceea, întreaga doctrină e de acord cu ideea că nu poate fi vorba decât de îngrădiri, „știrbiri”⁶, iar nu de abolirea întregii capacități de folosință. Dar, tot ar rămâne de tranșat o problemă de principiu, fără să mai amintim de legitimitatea reglementării incapacității de folosință. Este suficient să pui semnul egalității între legal și legitim (și) în acest caz? Iar riscul de derapaj normativ cine îl va gestiona?

Astfel, cine ne asigură că aceste limitări secvențiale însumate nu vor face masă critică, având ponderea și efectul subțierii dramatice a capacității de folosință, ajungându-se astfel indirect la privarea omului de drepturi cruciale⁷. Da, (tot) legea ne garantează limitarea limitării! Nu ar trebui însă uitat că ființa umană își generează singură capacitatea de folosință, născându-se, iar legea doar o recunoaște. Prin urmare, orice incapacitate de folosință devine o intruziune legală distructivă a subiectivității juridice a omului, ceea ce este întrutotul ilegal. Legiuitorul are mereu la îndemână multe și diverse mijloace pentru a limita acțiunea ori activitatea juridică a persoanei fizice, dar el nu trebuie să se atingă sub nici un pretext de integritatea capacității de folosință a ființei umane.

⁶ G.A. Ilie – op.cit., p. 153.

⁷ Istoria e plină de situații dureroase, în care oamenii, înainte de a fi exterminați sau înrobiți, erau lipsiți de capacitate juridică, iar exemplele nu trebuie căutate în evul mediu. În timpul fascismului, erau oprite căsătoriile între evrei și români (Decretul-Lege nr. 2651/1940), după cum s-a interzis evreilor dobândirea și deținerea, cu orice titlu, a proprietății rurale în România, care treceau *ope legis* în proprietatea statului Legionar România (Decretul-Lege nr. 3347/1940), v. L. Benjamin, S. Stanciu (coord.) – Legislație antievreiască, ed. Hasefer, București-1993, p. 55 și 65. În timpul comunismului, inclusiv libertatea căsătoriei a fost ciuntită, nepermițându-se unui român să se căsătorească cu un străin, decât cu autorizația președintelui Republicii Socialiste România, v. art. 134 C.civ.1865.

În plus și pentru a termina, s-a mai argumentat⁸ că orice incapacitate de folosință este incompatibilă atât cu egalitatea oamenilor în fața legii – consacrată constituțional, dar și cu regulile CEDO, ambele fiind potrivnice ideii că unele persoane ar putea fi lipsite aprioric de anumite drepturi. Deci, legea fundamentală și tratatele la internaționale privind drepturile omului, la care România este parte, sunt bariere juridice de netrecut, în fața avântului de a reglementa incapacități speciale de folosință.

Frecvent, situațiile de dispută asupra naturii incapacităților civile sunt iscate de interdicțiile legale de a încheia anumite acte civile. Iar întrebarea pusă concret este dacă prohibiția legală instituie o incapacitate de folosință ori una de exercițiu. „Împrejurarea că incapacitățile speciale de folosință privesc incapacitatea de a dobândi anumite drepturi și obligații ca urmare a încheierii unor acte juridice civile, deci sunt incapacități de a contracta, nu justifică încadrarea lor în categoria incapacităților de exercițiu, după cum nu toate incapacitățile speciale de folosință sunt incapacități de a încheia acte juridice.”⁹ Punctul de vedere exprimă poziția tradițională după care interdicțiile legale de a încheia anumite acte civile sunt (mai degrabă) incapacități speciale de folosință. Cert, discuția despre capacitatea de folosință depășește cu mult analiza *incapacității contractuale*, adică raza de acțiune a actului juridic, oricare ar fi acesta. Capacitatea de folosință nu e atașată doar operațiunilor juridice, ci vizează orice sursă concretă de drept subiectiv, indiferent dacă e act civil sau nu (*e.g.* succesiune, fapt ilicit).

Dar, care ar fi criteriul de distincție între incapacitatea de folosință și cea de exercițiu, dacă nu însăși piedica de a încheia actul prin care se *exercită*

⁸ I. Reghini – op.cit., p. 89.

⁹ G.A. Ilie – op.cit., p. 154.

drepturile pe care persoana deja le *are* virtual în capacitatea sa de folosință? Dacă unui apatrid (sau străin) i se interzice să dobândească prin *act* proprietatea asupra terenurilor, avem de-a face cu o incapacitate de folosință? Dacă străinul (sau apatridul) e îndrituit să primească prin moștenire (*fapt*) aceeași proprietate imobiliară, ar trebui implicit admis că el deține deja în capacitatea sa de folosință potențialitatea acestui drept real, care însă nu poate fi dobândit efectiv prin contract (*act*). Orice interdicție de a contracta (sau de a încheia acte unilaterale) ar trebui întotdeauna considerată o incapacitate de exercițiu. Aceasta pentru că doar capacitatea de exercițiu are sens și este definită prin raportare (numai) la actul juridic. În fine, capacitatea de exercițiu este de altfel și un element esențial, cerut¹⁰ imperativ pentru valabilitatea oricărui act civil, ea nepășind spațiul descris de operațiunile juridice civile.

Putem să ne interogăm și asupra mizei practice a distincției dintre incapacitatea de folosință și cea de exercițiu. Dacă privim la sancțiunea incapacității, trebuie admis că distincția între cele două incapacități rămâne de natură principială. Se știe că sancțiunea e identică – anularea actului, atât pentru încălcarea capacității de exercițiu, cât și pentru sfidarea a ceea ce unii autori numesc incapacitate specială¹¹ de folosință. Actuala reglementare civilă a generalizat principial sancțiunea nulității relative a actului juridic încheiat cu ignorarea regulilor de capacitate. Astfel, regula ar fi nulitatea relativă, precum și prezumția de anulabilitate, atunci când se ezită între nulitatea absolută și cea relativă. Excepția este, deci, nulitatea absolută „în cazurile anume prevăzute de lege, precum și atunci când rezultă neîndoiește din lege

¹⁰ Art. 1179 alin. (1) pct. 1 C.civ.

¹¹ „Legea nu prevede o sancțiune tipică pentru incapacitățile speciale de folosință”, v. *idem*, p. 204.

că interesul ocrotit este unul general.”¹² Oricum, reciproca nu este valabilă! Anume, dintr-un text care stabilește nulitatea absolută¹³ – ca sancțiune pentru o anumită incapacitate, este abuziv să deducem imediat că ar fi vorba de o incapacitate de folosință. Nu din felul sancțiunii se determină natura juridică a capacității, ci din specificul său. În plus, trebuie admisă și posibilitatea ca sancțiunea nulității absolute să lovească în unele acte încheiate fără capacitatea de exercițiu¹⁴ cerută legal. Distincția dintre nulități este făcută după alt criteriu decât acela că în discuție ar fi o anumită specie de incapacitate, iar nu alta, căci nici în ipoteza unei pretinse incapacități de folosință nu se mai aplică *de plano* nulitatea absolută. Prin urmare, a dispărut demult interesul practic al distincției dintre cele două incapacități, din moment ce nu se poate afirma cu tărie că sancțiunea specifică incapacității speciale de folosință este mereu nulitatea absolută a actului juridic.

Concluzia noastră e limpede, nu trebuie admisă nici măcar ideea incapacității de folosință¹⁵. O asemenea restrângere semnifică schilodirea personalității juridice umane, iar înaintea oricărui argument tehnic, extras dintr-o narațiune legislativă echivocă, se află un principiu. Judecata trebuie făcută în principiu, sprijinită fiind pe regula fundamentală că orice individ uman este o ființă unică și deplină, căreia trebuie să i se recunoască

¹² Art. 1250 C.civ.

¹³ Ar fi vorba de incapacități speciale de folosință, sancționate expres cu nulitatea absolută, cazurile indicate de art. 1653 și 1654 alin. (1) lit. c) C.civ., nulitatea absolută fiind doar virtuală în ipoteza art. 44 alin. (2) din Constituție, v. G.A. Ilie – op.cit., p. 204.

¹⁴ Au fost date și aici mai multe exemple. De pildă, nerespectarea art. 988 alin. (1) C.civ., v. E. Chelaru – op.cit., p. 66, însă autorul consideră că textul instituie o limitarea a capacității de folosință, la fel ca și interdicția de la art. 44 alin. (2) din Constituție. Dacă în ultimul caz legea e ambiguă, în prima ipoteză amintită, cea de la art. 988 C.civ., *in terminis* ni se vorbește despre capacitatea de exercițiu.

¹⁵ Pentru persoanele morale, lucrurile ar putea sta și altfel, căci acestea sunt simple născociri juridice, însă și aici s-a renunțat la regula capacității specializate de folosință.

întotdeauna o personalitate juridică întreagă. Evident, legiuitorul poate opri sau interzice exercițiul unor drepturi concrete, dar pentru aceasta există prea multe mijloace eficiente tehnic încât să aibă nesăbuinta de a lipsi omul de capacitatea sa de a fi pe de-a întregul un subiect de drept perfect.

(II) *Imagini de pe front.* Partizanii existenței concrete a incapacității speciale de folosință ne livrează diferite exemple în care persoana fizică ar fi lipsită legal de unele drepturi subiective, cazurile înfățișate având sau nu legătură cu actul civil. Astfel, legat de capacitatea contractuală, se consideră tradițional¹⁶ că interdicția minorului de a „dispune de bunurile sale prin liberalități”¹⁷ ar fi un caz de incapacitate de folosință. Argumentul forte al opiniei este acela că minorul „nu poate încheia aceste acte deloc, nici personal, nici prin reprezentare și nici asistat”¹⁸. Deși ultima parte a afirmației e precisă¹⁹, rămânem însă la soluția incapacității de exercițiu. Aceasta nu atât pentru că textul din Codul civil consacră *in terminis* incapacitatea de *exercițiu*, ci fiindcă textul său vizează actele, nu drepturile – interzicându-se săvârșirea unui act juridic, nu deținerea unui drept subiectiv. Capacitatea de folosință se definește prin virtualitate, prin potențialitatea persoanei să aibă ideal un drept, iar legea oprește aici încheierea unui act concret (liberalitate), iar nu deținerea vreunui drept abstract. Ar fi incapacitate de folosință atunci

¹⁶ E. Lupan, D.A. Popescu – Drept civil. Persoana fizică, ed. Lumina lex, București-1993, p. 37 și urm.

¹⁷ Art. 988 alin. (1) C.civ. *Brevitatis causa* am amintit aici de minori, dar textul are aplicație și la alte categorii de persoane lipsite de capacitatea de exercițiu, fără să se schimbe soluția dată.

¹⁸ G.A. Ilie – op.cit., p. 162.

¹⁹ Criteriul propus e empiric, chiar moștenit de la un mare civilist, care l-a împrumutat cel mai probabil de la Planiol. Dincolo de empirism, raționamentul e un sofism; el aplicându-se doar dacă admiti în prealabil că există deja și incapacități de folosință. Adică, criteriul e unul de distincție între incapacități, nu un argument în sensul existenței incapacității de folosință. Oricum, reprezentarea legală nu poate fi un criteriu de distincție între incapacități, ci un simplu mijloc tehnic de a surmonta restricțiile impuse de incapacitățile de exercițiu.

când legea ar interzice ca o anumită categorie de persoane să aibă un anumit drept înțeles abstract și să nu îl poată nicicum exercita, ceea ce nu e cazul aici. În fine, se interzic și „liberalitățile făcute medicilor, farmaciștilor sau altor persoane, în perioada în care, în mod direct sau indirect, îi acordau îngrijiri de specialitate dispunătorului pentru boala care este cauză a decesului”²⁰. Pentru motivele deja înfățișate, considerăm că suntem tot în prezența unei incapacități de exercițiu, după cum observăm că legea sancționează sfidarea incapacității în ambele cazuri cu nulitatea relativă a liberalității, considerându-se că regulile asigură protecția dispunătorului.

Fără să aibă vreo tangență cu actul juridic, legea oprește ca anumite persoane să exercite unele drepturi civile, din diferite motive (*e.g.* sancțiune, statut, vârstă). Și aceste împrejurări sunt citite uneori prin grila incapacității speciale de folosință. Au fost date aici exemple precum „incapacități care protejează corpul uman”²¹, decăderea din drepturile părintești²² și nedemnitatea succesorală. Ultimele două situații ar avea în comun natura de sancțiune civilă, ele presupunând și vinovăția celui în cauză. Părinții care „prin purtarea abuzivă, prin neglijența gravă în îndeplinirea obligațiilor părintești ori prin atingerea gravă a interesului superior al copilului” îi pune în pericol viața, sănătatea sau dezvoltarea”²³ acestuia vor fi decăzuți judecătorește din drepturile lor părintești. Părinții sunt ținuti în continuare de obligațiilor lor față de copii, căci o decădere din îndatoririle părintești nu există. Sesizăm că avem de-a face cu o sancțiune judecătorească, care poate fi

²⁰ Art. 990 alin. (1) C.civ.

²¹ E. Chelaru – op.cit., p. 80.

²² E. Florian – Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația, ed. C.H. Beck, București-2016, p. 553.

²³ Art. 508 alin. (1) C.civ. Situația și efectele decăderii rămân aceleași și în ipoteza în care ea e impusă ca o pedeapsă penală complementară, v. art. 66 alin. (1) C.pen.

ridicată de îndată ce părintele decăzut se îndreptă. Ignorând nominalismul legal, de care nu vrem să profităm manipulându-l după bunul plac, dar care se exprimă clar – „decăderea din *exercițiul* drepturilor părintești”, conchidem că nu suntem în prezența unei incapacități speciale de folosință. Aceasta și pentru că personalitatea părintelui decăzut nu este vidată de aceste drepturi, care există virtual și vor putea fi re-exercitate efectiv după ridicarea decăderii. Aici, decăderea nu este decât o sancțiune (civilă), care privează pe cel vizat de posibilitatea juridică a exercitării concrete a unui anumit drept. Drepturile părintești își continuă însă existența ideală în capacitatea juridică a părintelui, ceea ce și explică cum practic e posibilă reactivarea automată a exercițiul lor, imediat după momentul ridicării interdicției.

Uneori și nedemnitatea succesorală e prinsă în clasorul incapacităților speciale de folosință. Nedemnitatea succesorală este un element distinct de capacitatea succesorală, reglementată într-un capitol²⁴ care la fine conține dispoziții inclusiv despre vocația de a culege o moștenire; vocația fiind o condiție distinctă și cumulativă pe care trebuie să o îndeplinească o persoană pentru a moșteni. Observăm că nedemnitatea este tot o sancțiune civilă, dar care acționează fie *ope legis*, fie *ope iudiciis*. Ea se aplică succesibilului care a materializat intenția de a-l ucide pe *de cuius* sau l-a împiedicat să testeze liber ori a alterat sau dosit deliberat testamentul acestuia²⁵. Efectul specific al sancțiunii constă în înlăturarea nedemnului atât de la moștenirea legală, cât și de la cea testamentară (– dacă e cazul). Nu e vorba, deci, de vreo interdicție de principiu, virtuală sau generală de a nu

²⁴ Art. 957-962 C.civ.

²⁵ Art. 958-961 C.civ.

moșteni – care putea fi eventual interpretată ca o incapacitate –, ci doar de pierderea unui drept concret avut, acela de a moșteni efectiv pe cineva.

În fine, mai putem depista un noian de varii imposibilități și interdicții pentru persoana fizică, dar nu toate reprezintă incapacități speciale de folosință, explicația lor tehnică fiind dată de scopul lor, care le și asigură un regim juridic aparte. De pildă, doar majorii pot fi tutori sau curatorii, ceea ce nu valorează o incapacitate pentru minori, ci trebuie admis că pentru asemenea funcții juridice e nevoie ca persoana să aibă anumite calități, dar și exercițiul propriilor sale drepturi, altfel țelul acestor instrumente de ocrotire (a altuia) rămâne de neatins. De asemenea, legea stabilește vârsta nubilității la aceea a majoratului civil, iată regula. Aceasta nu înseamnă că o persoană de trei ani ar fi lovită de o incapacitate de folosință specială de a nu se căsători, ci trebuie înțeles că printre condițiile încheierii valide a căsătoriei intră și o anumită vârstă, legal precizată. În sfârșit, unele prohibiții vizează mai degrabă bunurile, fiind oprită circulația ori dobândirea lor în anumite condiții; astfel se întâmplă cu bunurile din domeniul public ori cu bunurile indisponibilizate legal sau voluntar. Nici în asemenea situații nu vorbim despre incapacități, ci despre simple inalienabilități *ad rem*²⁶.

Concluzia pare lesne de reținut. Pe de o parte, nu orice interdicție este o incapacitate civilă a persoanei, pe de altă parte, chiar legea subliniază (ori doar lasă să se înțeleagă) că prohibirea legală a anumitor acte juridice nu semnifică decât o simplă incapacitate de exercițiu.

(III) Asistarea vârstnicului capabil. Reprezentarea legală și ocrotirea juridică vizează firesc persoanele care – din cauza vârstei mici ori a bolii de nervi –, nu pot să se îngrijească de interesele lor legitime. Regula este

²⁶ M. Nicolae – Discuții privind interdicțiile legale de înstrăinare a unor bunuri imobiliare, Dreptul nr. 7/2001, p. 45.

că majorul are capacitate deplină de exercițiu, iar vârsta acestuia – oricât de înaintată, nu împiedică asupra capacității sale civile. 18 sau 81 de ani sunt indiferenți pentru capacitatea de exercițiu, care rămâne neatinsă de vârstă, fiind identică cu ea însăși. Totuși, prin excepție, legea²⁷ instituie un caz de asistare a majorului, ajuns vârstnic, ignorând capacitatea sa deplină de exercițiu. Astfel, din oficiu sau la cererea sa, persoana vârstnică este asistată, de un reprezentant al autorității tutelare, la încheierii oricărui act translativ de proprietate, având ca obiect bunuri proprii, în scopul întreținerii și îngrijirii sale. Doar câteva amănunte despre această situație *de lege lata*, pentru a încerca să o înțelegem.

Observăm că asistarea nu e prilejuită decât de un anumit tip de contract, cel de întreținere²⁸, și doar dacă actul este oneros. Dacă contractul de întreținere va fi cu titlu gratuit (*e.g.* întreținerea donată vârstnicului, adică prestată gratuit – oricare ar fi perioada acesteia) ori dacă în speță omul în vârstă consimte la un contract de vânzare, partaj cu sultă sau de schimb, ori la un act nenumit care implică un transfer patrimonial indiferent de valoare, la un contract de garanție reală (*e.g.* ipotecă) sau la unul prin care se dezmembrează proprietatea vârstnicului (*e.g.* constituirea unui uzufruct ori superficiei), legea specială nu se aplică. Tot inaplicabilă rămâne aceasta și atunci când se dorește săvârșirea unui contract de rentă (viageră sau nu). Există, deci, o limită obiectivă a asistării legale a capabilului major, dată de natura actului juridic – contract oneros de întreținere.

²⁷ Legea nr. 17/2000 privind asistența socială a persoanelor vârstnice, modificată și completată prin OUG nr. 34/2016, publicată în M.Of. nr. 488 din 30 iunie 2016, aprobată prin Legea nr. 19/2018, publicată în M.Of. nr. 44 din 17 ianuarie 2018.

²⁸ Art. 2254 C.civ.

Subiectiv, e obligatoriu să privim atât la persoana ocrotită, cât și la cel care oferă asistența juridică. Astfel, doar vârstnicii sunt de ocrotit prin acest mecanism ieși din comun. În sensul legii, prin *vârstnic* se înțelege persoana care a atins vârsta legală de pensionare. Nu intrăm aici în amănunte, dar nu contează dacă persoana este efectiv pensionată sau nu, ci doar să fi împlinit deja 65 de ani – pentru bărbați, sau 63 de ani – pentru femei²⁹. Trebuie precizat că zisul vârstnic trebuie să fie în deplinătatea sănătății sale mintale, ca să poată exprima un consimțământ valabil la momentul săvârșirii actului de întreținere. În ceea ce îl privește pe cel care asistă (asistent?), situația *de lege lata* seamănă oarecum cu aceea a curatei speciale. Totuși, în cazul analizat, legea nu vorbește de curator, ci de reprezentat al autorității tutelare, având o competență punctuală, adică limitată la asistarea vârstnicul la încheierea actelor oneroase de întreținere. Evident, e vorba de o simplă paralelă, căci curatorul capabilului are alte funcții, după cum poate fi și ales dintr-un grup mai larg de persoane, în timp ce reprezentantul-asistent e funcționar al autorității tutelare³⁰, pe care o și reprezintă.

Asistarea ia forma unui act unilateral, exprimat personal de reprezentantul (tutelar) la momentul încheierii contractului în fața notarului public, căruia trebuie să i se prezinte și decizia autorității (tutelare) de numire a reprezentantului. Din punct de vedere al capacității civile, asistarea nu este decât un consimțământ exprimat în plus – de reprezentantul tutelar, la actul

²⁹ Limitele amintite sunt cele standard de pensionare, dar există unele cu mult mai coborâte, în special pentru cei ce au exercitat profesii pentru care se datorează pensii speciale (judecători, militari etc.). Legea nu indică însă nicio soluție, după cum nu face nicio precizare în privința categoriilor de persoane pentru care vârsta legală de pensionare e sub cea standard.

³⁰ Rămâne de văzut ce se va întâmpla când acest organ administrativ va fi efectiv înlocuit de instanța de tutelă, căci e dificil de crezut că un judecător va fi delegat să facă oficiul de reprezentare a bătrânilor.

de întreținere. Subliniem că nu poate fi vorba de vreo reprezentare legală, aici, ci doar de o încuviințare, asemănătoare cu aceea a minorilor de peste 14 ani. Rolul asistării se vrea de protecție a intereselor vârstnicului, evitându-se ca acesta să fie spoliat, ci să se bucure de o întreținere corectă în schimbul bunurilor pe care le-a transmis întreținătorului. Întrebarea ar fi dacă lipsa asistării are vreun efect asupra valabilității contractului? Legea tace, iar noi credem că nu este vorba de nicio sancțiune, dacă nu a fost cerută asistarea, iar vârstnicul cunoștea că era îndrituit să fie secondat juridic. Lipsa de sancțiune se justifică prin aceea că așa-zisul vârstnic are capacitate deplină de exercițiu, iar legea în discuție nu instituie decât o formă suplimentară de protecție, pe care cel îndrituit o poate refuza.

Nu încheiem înainte de a nota că autoritatea tutelară se poate erija și în reprezentant legal al întreținutului vârstnic, dotat cu capacitate deplină de exercițiu. Astfel, autoritatea tutelară e îndreptățită să se sesizeze din oficiu, în ipoteza inexecutării obligației de întreținere și de îngrijire de către noul proprietar al bunurilor obținute ca efect al contractului de întreținere. Forul tutelar e îndrituit legal să facă demersurile necesare inclusiv în vederea executării obligației de întreținere – deși practic, îi lipsesc mijloacele! Apoi, autoritatea tutelară mai poate solicita instanței judecătorești inclusiv rezilierea contractului de întreținere – „în nume propriu și în interesul persoanei întreținute”³¹ –, pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale de întreținere. Autoritatea tutelară, ca și reprezentantul său, nu devine parte a contractului oneros de întreținere. Măsurile amintite constituie însă excepții legale de la *pacta sunt servanda*, de la regula relativității actului civil, dar și de la principiul că doar persoanele incapabile juridic sunt asistate. În loc de

³¹ Art. 34 alin. (3) din Legea nr. 17/2000.

concluzie ne putem întreba dacă – prin asemenea improvizatii juridice, retoric proclamate în scopul protecției persoanei –, statul poate sfida legitim atâtă principiile și reguli, unele guvernând efectele contractului, altele capacitatea persoanei fizice?!

Concluzia generală? Cele trei aspecte abordate aici nu converg necesar către o singură consecință tehnică, dar putem învedera altceva. Ne pare că inerția tradiției învinge, iar legea civilă apare de parcă s-ar iți din efortul de a alunga principiile; să continuăm cum a fost, să delăsăm principiile în favoarea unor reguli răzlețe. Sigur, poate fi și aceasta o abordare! Însă trebuie asumate consecințele. Iar prima victimă a dezinteresului programat față de principii este însăși legitimitatea reglementării, urmată de strâmbătatea *de lege lata* a (multor) soluții tehnice. Arbitrarul normativ se dă în vânt după non-legitimitate, un vânt ce promite să măture tot în cale.

STUDII

MEDIATION IN MATTERS CONCERNING PARENTAL
RESPONSABILITY AND INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION.
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF AGREEMENTS
CONCLUDED DURING RETURN PROCEEDINGS

DOI: [10.24193/SUBBIur.64\(2019\).2.2](https://doi.org/10.24193/SUBBIur.64(2019).2.2)
Published Online: 2019-07-03

Dan-Andrei Popescu*

“Overlooked through lenses that accent utility and orderliness, beauty and natural metaphors introduce a range of sensual, embodied ways that our human thirst for belonging and for feeling moved is implicated in mediation. When these ideas are introduced to the corpus of work on mediation, mediation becomes more vivid and compelling. Possibilities appear that were unavailable via more analytic ways of imagining mediation processes; opportunities to move beyond fragmentation and towards congruence emerge.”

(Alexander, Nadja Marie, Mediating Beautifully: The Alchemy of Aesthetics in a Fragmented Age (September 12, 2016) – Singapore Management University School of Law Research Paper No. 12/2017.

* Associate Professor Dan Andrei Popescu, PhD, “Babeş-Bolyai University” of Cluj-Napoca.

Abstract: Mediation, as an alternative means of dispute settlement, is an assisted decision-making process which typically takes the form of facilitated negotiation. The mediator assists the parties in making decisions concerning the issues of their dispute and about the appropriate norms for the regulation of future relationships. This article examines the implications of mediation in international child abduction cases.

It begins with the analysis of mediation, as a means of dispute settlement, in general (2). Then, it reviews the Romanian Law no 192/2006 on "mediation and the organisation of the mediator's profession" (3). We then address the importance of mediation in family matters (4); we define the concepts (5), present the advantages (6) and disadvantages (7) of mediation in the international and national context. Afterwards, we discuss the implication of internal mediation, in the national context, in relationship with settlements of family-related disputes (8). We address the law applicable to mediation settlements and the choice of law in related cases especially in cross-border mediation cases, pointing out the difference between the law applicable to the mediation agreement and the one applicable to the parental agreement (9). Lastly, we present the practices considered to be effective in child abduction cases, taken into account the Malta process and Declarations, and discuss the recognition and enforcement of the agreement concluded during return proceedings (10).

Keywords: international private law; mediation; cross-border family disputes; ECHR; Rome I Regulation; Hague 28; Malta process, Malta IV Conference; international child abduction; enforceable title; parental agreement.

1 Introduction

Although its roots could be considered as being ancient¹, the institution of mediation, as an alternative form of dispute settlement, is quite recent. It has made its way into the Romanian legislation by the adoption of Law no. 192/2006 on mediation and mediator profession (*Romanian Mediation Act – RMA*), as amended and further supplemented.

Mediation is not an institution by itself, but rather one that “provides assistance”, aimed at performing the functions and finality of judicial institutions that it serves.

* This study is an enhanced and extended form of our contribution to the European Project JUST /2015/JTRA/AG/EJTR/8681, 2017-2018.

¹ Form a historical point of view, mediation can be traced back to ancient civilisations. In Roman times, mediators were belonging to diverse social groups, and were known under different names, such as *internuncios*, *medium*, *intercessor*, *conciliator*, *interlocutor*, *interpolator* (N. Alexander, *International and Comparative Mediation. Legal Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, p. 51). Also, numerous ancient communities in Africa, America, Asia, Australia, Pacific, New Zealand, united by strong kinship ties throughout community, experienced mediation as of form of conflict mitigation, based on a *communitarian approach*, having as benchmark for the settlement of disputes the superior interest of the community. In many archaic communities' mediation was exercised in close connection with the religious element, seeking to promote religious values and ideals. For Muslims, mediation (*wasata*), conciliation (*tawfik*, *solh*), reconciliation (*tahkim*) or arbitration (*tahkim*) were also encountered, such terms being used interchangeably, according to circumstances. (v. N. Antaki, “*Cultural diversity and ADR Practices in the World*”, in J. Goldsmith, A. Ingen-Housz and G. Pointon (eds), *ADR in Business*, Kluwer Law International, 2006, p. 1; M. Alberstein, “*Forms of Mediation and Law: Cultures of Dispute Resolution*”, (2007) 22 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, p. 321.

There is a technique and a secret of mediation, which, on one hand, it enhances, lifting it over the mediated judicial situation, while, on the other hand, it touches the kernel and particularity of the dispute that it tries to solve.

Placed in the semi-darkness of international judicial competence rules, the international mediation treads on a thin balance between judicial and non-judicial, national and international.

2 About mediation in general

Mediation as defined as being “a structured process whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of the mediator, who is the third person asked to conduct the mediation in an effective, impartial and competent way.”²

From the standpoint of those involved in a dispute, whatever its nature, mediation appears as an alternative form of settling the dispute, and the very call to mediation evokes openness to dialogue, the idea of readiness to negotiate by the parties, their positions being less clear cut. From the point of view of the mediator (mediators), mediation can be qualified as a provision of service, aimed at facilitating the reaching of an agreement in order to settle a dispute.

Article 3 (a) of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters – defines **mediation** as “a structured process, however

² P. O. Prieto de los Mozos, “*The Law Applicable to International Mediation Contracts*”, in InDret No. 1/2011, p. 3.

named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State.”

The **mediator** is defined as being “any third person who is asked to conduct a mediation in an effective, impartial and competent way, regardless of the denomination or profession of that third person in the Member State concerned and of the way in which the third person has been appointed or requested to conduct the mediation” (Article 3 (b) of Directive 2008/52/EC).

Put it in simple terms, **mediation** was defined as “an assisted decision-making process, which typically – but not invariably – takes the form of a facilitated negotiation or dialogue. The mediator assists parties to make decisions about the issues in dispute between them and about the appropriate norms for the regulation of future relationships. Generally, mediation is based on principles such as party autonomy, client-centeredness and choice, confidentiality and *a focus on interests and needs rather than rights and positions*”³ (s.n., DAP).

3 Romanian Mediation Act, No. 192 of 22.5.2006 – about mediation and organising the mediation profession.

From the Romanian point of view, mediation:

³ N. Alexander, *International and Comparative Mediation. Legal Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, p. 15.

- 1) is a form of alternative dispute resolution (ADR); It is a way of amicable settlement of conflicts, with the support of a third party specialised as a mediator;
- 2) relies on the trust which the parties invest in the mediator and its capabilities: “Mediation relies on the trust which the parties invest in the mediator, as a person capable to facilitate negotiations between them and to provide them with support for the settlement of the conflict, by reaching to a mutually convenient, efficient and durable solution” (Art. 1, par. (2) of Romanian Mediation Act – RMA);
- 3) is of public interest. Public interest requires some alternative forms of dispute resolution, contributing, on one hand, to reduce court backlogs, but also to speeding up decision making, on the other hand: “mediation does in fact reduce time and costs involved in dispute resolution” (N. Alexander, op. cit., p. 55, note 139);
- 4) imposes obligation to advise parties, without having decision: the mediator does not have decision power as regards the contents of the understanding reached by the parties, but he may advise them to examine the lawfulness thereof (Art. 4, par. (2));
- 5) no mandatory mediation procedure. Unlike the previous form of the law, which required, unless otherwise provided, the compulsory nature of mediation, currently such a procedure is, in principle, voluntary, optional. However, the parties have to provide evidence as to their participation to a briefing on the advantages of mediation, in the following areas:

- a) consumer protection;
 - b) family law (the instances provided under art. 64);
 - c) disputes with regard to land possession, delimitation, repositioning of land signs and other disputes resulting from neighbourhood relations;
 - d) professional liability (malpraxis);
 - e) labour relations, on conclusion, performance and termination of individual employment agreements;
 - f) civil litigation where claims are capped at 50,000 lei, except those where a binding decision has been delivered on opening up insolvency proceedings, claims referring to the Trade Register and low value claims.
- 6) absence of competence rules in terms of mediation. Mediators can participate in any dispute related to rights that the parties can enjoy by agreement, regardless of the territorial jurisdiction of the competent court and regardless of the domicile or habitual place of residence of the parties⁴;

⁴ C. Menkel-Meadow, *"The Future of Mediation Worldwide: Legal and Cultural Variations in the Uptake of or Resistance to Mediation"* in *Essays on Mediation. Dealing with Disputes in the 21st Century* (I. Macduff Ed.), Walters Kluwer, 2016, p. 40: "As mediation is less formally rule and procedure based than litigation or arbitration, less homogenization of the rules and processes is required. Nevertheless, the use of mediation remains somewhat dependent on the specifics of local legal and social culture and also dependent on the charismatic leadership of various legal innovators in particular systems. From my own experience in mediating or teaching in many different countries (now over twenty-five countries on six continents), it might be somewhat useful (if a bit arbitrary) to characterize some social-legal cultures as more or less likely to use mediation as a dispute resolution mode, depending on whether they are more or less *"argumentative," "adversarial," "conversational"* or

- 7) absence of strict rules for the mediation procedure. We speak, therefore, of a very flexible procedure meant to take into account the particular matter and the specificity and circumstances of each concrete case. Such a procedural approach allows the mediator to highlight his/her experience and expertise. According to article 27, (1) of Romanian Law on Mediation, “each mediator is entitled to apply its own organisational model to the mediation procedure, consistent with the statutory provisions and principles stipulated under this law.” In addition, “methods and techniques that are being used by the mediator must exclusively serve the legitimate interests and the objectives contemplated by the parties in dispute” (article 50, (2)).

dialogic,” “*face saving*” or “*hybrid- cosmopolitan*” cultures. Ordinarily I quite deplore the systematic and stereotypic descriptions of “civilizations” or cultures and even so-called elements of “disputing cultures” that tend to homogenize and reify what may be quite complex and varied combinations of cultural factors (professional status, class, education, function, etc.), but in viewing the variations of mediation usage around the world, I have come to believe that something like these cultural formations deeply influence both legislation– rule–making and the actual practice of mediation as a form of dispute resolution (while in turn being affected by case types within particular legal systems). Thus, both “law on the books” and “law in practice” in the ADR arena are quite variably dependent on social, not only legal, factors.” The author rightly points out “that the uptake of mediation will not likely be a unitary development or follow a clear trajectory throughout the world. Different forms of mediation have been and will be developed within and across different legal systems and types of disputes, often responding to different motivations and goals” (*Ibidem*). See also J. Brett, *Negotiating Globally: How to Negotiate Deals Resolve Disputes and Make Decisions Across Boundaries*, Jossey-Bass 2001; J. Salacuse, *The Global Negotiator: Making, Managing and Mending Deals Around the World in the 21st Century*, St. Martin’s Press 2003. .

- 8) In case of judicial proceedings, if the matter has been settled by means of mediation, the court shall deliver, at the request of the parties and in compliance with the requirements of law, an expedient decision, which shall be enforceable order (“*titlu executoriu*”);
- 9) Mediation is an important tool for improving access to justice in accordance with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁵. In the case *Centre public d’action sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve v. Moussa Abdida*, C-562/13, European Court of Justice (ECJ) held that Art. 47 of the Charter “constitutes a reaffirmation of the principle of effective judicial protection.”⁶

⁵ See F. Krenc, in F. Picod, S. Van Drooghenbroeck avec la collaboration de C. Rizzcallah, *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, 2018, p. 983: “l’article 47 de la Charte relève désormais du droit primaire de l’Union et constitue un instrument à l’aune notamment duquel la validité des actes pris par les institutions de l’Union est contrôlée.” Also see S. Peers, T. Hervey, J. Kenner and A. Ward (Ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Oregon, Hurt Publishing, 2014, pp. 1197-1275.

⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber), 18 December 2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, no. 45. Also see, to that effect, judgments in *Unibet*, C-432/05, EU:C:2007:163, paragraph 37, and *Agrokonsulting-04*, C-93/12, EU:C:2013:432, paragraph 59, providing that everyone whose rights and freedoms guaranteed by EU law are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in that article.

4 Mediation in family matters

According to Art. 64 of Romanian Mediation Act, marital disputes that can be resolved by *mediation* cover issues such as:

- a) continuation of marital relations;
- b) liquidation of marital property;
- c) exercise of parental responsibility;
- d) determining the residence (domicile) of children;
- e) child support;
- f) any dispute that occurs during marital relations with regard to rights that they could be granted under the *law*.

Agreements reached by *mediation* by the parties, in the matters (conflicts) that relate to the exercise of parental responsibility, child support and determining child residence, come under the form of a court settlement certifying consent award resulting from the mediation procedure. The agreement of spouses in relation to a dissolution of marriage and settlement of issues accessory to the divorce will be filed by the parties with the competent court to issue a divorce ruling.

According to Art. 65 of Romanian Mediation Act, the mediator will monitor the effects and the result of the mediation procedure making sure that *mediation* will not infringe the superior right of the child. He will encourage the parents to focus primarily on the needs of the child and that parental responsibility, legal separation and divorce will not adversely affect the education and development of the child.

5 Terminology. Mediation – Conciliation – Arbitration

Often, terms such as “mediation”, “conciliation” and “arbitration” are used interchangeably, having the same meaning. Confusion stems from the different way in understanding the concepts, due, mainly, to the different cultural environment that often ascribes different meanings to such concepts⁷.

Conciliation presupposes a procedure in which the third party involved has a much more active role, an interventionist role. As it has already been noted “a conciliator may move beyond the process-focused role of a mediator and provide advice to the parties regarding the underlying issues in dispute, the legal merits of the situation and an appropriate outcome for the dispute, even going so far as to suggest terms of settlement”⁸. In other words, *conciliation* is a more directive procedure, whereas *mediation* is a facilitative process which promotes party autonomy and confidentiality.

*Guide to Good Practice Under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Mediation (2012)*⁹:

“conciliation is generally characterised as a more directive process than that of mediation. Conciliation will therefore be understood for the purposes of this Guide as a dispute resolution mechanism in which an impartial third party takes an active and directive role in helping the parties

⁷ v. H. Astor and C. Chinkin, *Dispute Resolution in Australia*, Sydney, Butterworths, 2002, p. 93, *apud* N. Alexander in *op. cit.* p. 15, note 32.

⁸ v. N. Alexander, *op.cit.*, p. 16.

⁹ Available at http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf.

and an agreed solution to their dispute. Mediation can be proactive but cannot be directive. For mediation, emphasis has to be placed on the fact that the mediator him or herself is not in a position to make a decision for the parties, but only assists the parties in finding their own solution. Conversely, the conciliator can direct the parties towards a concrete solution.” (s.n., DAP).

Sometimes, the term conciliation is understood in a broader sense, including all non-determinative dispute resolution (mediation and conciliation). (For that purpose, a see UNCITRAL’s Model Law on International Commercial Conciliation (MLICC) adopted in 2002¹⁰).

Unlike mediation, *arbitration* represents a determinative procedure where the arbiter (arbiters) has/have full decision-making powers over the material issues of the dispute that has been referred to them, decision that is issued in the form of an arbitral award. As mentioned, “arbitration is a rights-based determinative process in which the parties agree to be bound by the decision of an arbitrator or arbitral panel.”¹¹

In spite of having common principles such as neutrality and confidentiality, the two procedures are fundamentally different.

¹⁰ A. W. Rovine (Ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2011*, Martinus Nijhoff, Leiden – Boston, 2012, p. 392.

¹¹ N. Alexander, *op. cit.*, p. 27.

6 Advantages of mediation.

Mediation, especially in matters of parental responsibility and international child abduction cases, presents, undoubtedly, distinct advantages:

- an accessible and flexible procedure, stimulating understanding between holders of parental responsibility;
- can be used before the start of disputes or while they are ongoing;
- allows for a broad understanding and choice of competent jurisdiction in matters dealing with parental responsibility (article 12, par. (3) of the Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 – *Brussels Ibis Regulation*)¹²;

¹² According to par. (3) of Art. 12 Brussels Ibis Regulation, in relation to parental responsibility proceedings a Member State Court shall also have jurisdiction where (a) “the child has a substantial connection with that Member State, in particular by virtue of the fact that one of the holders of parental responsibility is habitually resident in that Member State or that the child is a national of that Member State” and (b) “the jurisdiction of the courts has been accepted expressly or otherwise in an unequivocal manner by all the parties to the proceedings at the time the court is seised and is in the best interests of the child.” Article 12 (3) can be regarded as a notable exception. It can be seen as an extension of the party autonomy in matters of parental responsibility. The doctrine suggested a very restrictive interpretation to be given to this text, which should be seen only as an extension of the divorce forum, when jurisdiction for divorce is not fulfilled on Art. 3, but on residual jurisdiction on Art. 7. See on this restrictive interpretation, B. Ancel, H. Muir Watt, “*L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions – Le règlement Bruxelles Ibis*”, in RCDIP, 2005, 569 at 588. On the contrary, other authors have favored an extensive

- determine the habitual place of residence of the child in a much easier way and stimulate agreement on the details of custodial rights – except for child abduction cases. The habitual residence is an autonomous concept distinct from the one used by the national legislators, which shall be construed in a uniform manner. The European Court of Justice (ECJ) has repeatedly set the milestones of the habitual residence, stating that it is "the place where the interested person has established, with the intention of conferring a stable character, the permanent or habitual center of his interests, being understood that, in order to determine this residence, it is important to take account of all its constitutive factual elements"¹³. The Court also held that, in order to establish the habitual residence of a person, they have to take into account the continuity of residence before the person concerned to be moved, the length and purpose of the absence, the nature of the

interpretation of Article 12 (3), "giving the court the possibility to have an extremely comprehensive understanding on its own jurisdiction, as long as the parties agree on it" (É. Pataut, E. Gallant, in *European Commentaries on Private International Law. Brussels IIbis Regulation* – U. Magnus/P. Mankowski Ed., Otto Schmidt Verlag, Köln, 2017, p. 163, no. 50). Also, E. Gallant, "*Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*", in Defrénois, Coll. Droit et Notariat, t. 9, 2004 at 132. This extensive interpretation was embraced by the ECJ. The European Court has held that the jurisdiction of a court belonging to a Member State, other than that of the child's habitual residence, may be based on Art. 13 par. (3) "even where no other proceedings are pending before the court chosen" (ECJ, 12 November 2014, C-656/13). This more liberal interpretation evokes the tendency of the moment, stimulating the reaching of agreements between the owners of the parental authority. These agreements can equally be the fruit of mediation. As the mediation procedure does not have strict rules of competence, it is trying to extend this flexibility also to the judicial procedures.

¹³ CJCE, Decision of February 17th, 1977, in case C-76/76, Di Paolo, CJCE April 23rd, 1991, European Court Reports 1977 -00315.

occupation in another Member State, and the intention of the person concerned, as it appears from all the circumstances: „*and the intention of the person concerned as it appears from all the circumstances*”¹⁴

- avoidance of sanctions (of civil or criminal nature) inherent to judicial procedures in international child abduction cases;
- entails reduced costs;
- psychologically have a lower emotional impact on the child.

It is true that sometimes it is used contrary to its purpose, as a tactical delay and prevarication of ongoing judicial procedures.

¹⁴ *Ibidem*. In another case, in the application of the *Brussels IIbis* Regulation¹⁴ in the parental responsibility matter (art. 8, para. 1), the European Court established that the concept of habitual residence “must be interpreted as meaning that it corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, in particular the duration, regularity, conditions and reasons for the stay on the territory of a Member State and the family’s move to that State, the child’s nationality, the place and conditions of attendance at school, linguistic knowledge and the family and social relationships of the child in that State must be taken into consideration. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances specific to each individual case.” In the *Mercredi* case, the Court established, in the context of art. 8 and 10 of the *Brussels IIbis* Regulation application that the habitual residence “corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment. To that end, where the situation concerned is that of an infant who has been staying with her mother only a few days in a Member State – other than that of her habitual residence – to which she has been removed, the factors which must be taken into consideration include, first, the duration, regularity, conditions and reasons for the stay in the territory of that Member State and for the mother’s move to that State and, second, with particular reference to the child’s age, the mother’s geographic and family origins and the family and social connections which the mother and child have with that Member State. It is for the national court to establish the habitual residence of the child, taking account of all the circumstances of fact specific to each individual case.”

7 Rebooting the EU Mediation Directive and national legislation as well

In 2014, the JURI Committee of the European Parliament published a research study on their concern for the lack of interest in mediation¹⁵. The reported difficulties are the following:

- judges don't refer to mediation;
- lawyers refuse to refer to mediation for financial reasons;
- parents don't want to mediate, because they are want to be proven right, they want to win, they want revenge;
- international child abduction cases are very specific and demand specific skills and knowledge from the mediator;
- the speedy return procedure obliges mediators to work within a very strict time-frame. The Hague Child Abduction Convention obliges the courts to take a decision within 6 weeks;

¹⁵ <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/122603/juri-committee-mediation-directive.pdf> - Main Conclusions (2): "Deplores the fact that only three Member States have chosen to transpose the directive with respect to cross-border cases only, and notes that certain difficulties exist in relation to the functioning of the national mediation systems in practice, mainly related to the adversarial tradition and the lack of a mediation culture in the Member States, the low level of awareness of mediation in the majority of Member States, insufficient knowledge of how to deal with cross-border cases, and the functioning of the quality control mechanisms for mediators". See also the Commission report to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (COM(2016)0542), p. 4.

- the inherent difficulties of the mediation process involving international elements: different languages; different cultures and legal traditions¹⁶.

¹⁶ F. Fleerackers, *'The Role of Lawyers in Interaction: Mediation, ADR and Legal Thinking'*, in *The new EU-directive on Mediation*, Maklu 2008, pp. 25-34. Numerous criticisms have been made by judges from different Member States in particular about the complicated and unsystematic nature of procedural rules, which considerably hampers the confidence of the participants in the act of justice. As has been shown, “(t)his critical assessment is borne out in business circles, where the view is that case-law is often erratic, particularly in the civil courts, which pay very little attention to precedent. The task of judges is not made any easier by the diversity of sources of regulation and the very technical nature of some laws, so that they no longer or can no longer intuitively arrive at the correct solution. (...) Even assuming that judges are well-informed and reasonably competent, they are often dealing with laws whose purpose is at odds with both their own sense of justice and the common good. More and more laws are enacted to protect a special interest of some kind. Paradoxically, when the legislature is unable to formulate a clear and consensual rule it sometimes gives way to the temptation to delegate to judges the responsibility for arbitrating between different interests by drawing up laws embodying vague concepts such as reasonableness, fairness, proportionality or good faith. This reference to vague concepts has given judges greater discretion but, at the same time, it creates doubt and considerably increases legal uncertainty and transaction costs and encourages more litigation. In most civil law countries the procedural rules are extraordinarily complex. The codes of civil procedure developed on the pretext of protecting the rights to a fair hearing require strong control and are a distraction from the matter at issue in proceedings” (I. Verougstraete, *Lessons learned from implementation of the Mediation directive. the judges’ point of view* – PE 453.169, 2011, pp. 8-9, available here: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453169/IPOL-JURI_NT\(2011\)453169_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453169/IPOL-JURI_NT(2011)453169_EN.pdf)).

8 Mediation in Romanian legal practice

In Romanian legal practice we could not identify relevant cases in cross-border mediation. In internal mediation procedures, the courts have generally summarized to verify the formal aspects of mediation agreements. The best interests of the child was also reflected in Romanian legal practice, courts taking into account all the concrete and particular circumstances of the case.

By application registered in Galați Local Court on 12.02.2013, the applicant G. D. R. applied against the defendant T. Ș. in order to establish the domicile of the minors T. S. G. and T. A. V. at the applicant's domicile.

In its statement, the applicant stated that after the dissolution of their marriage, in 2002, the custody of the minors was settled to the defendant. As a result of the fact that the applicant did not find work in Romania, she went to France and took the minors to live with her. As the applicant wishes to settle definitively in France and the minors to live with her in France, the applicant states that she has reached an settlement with the defendant and has entered into a mediation agreement.

The parties have asked the court to take note of the mediation agreement between them.

“In relation to the provisions of art. 400 first paragraph of the Romanian Civil Code, seeing the consent of the parties expressed through the mediation agreement and before the court, and last but not least the best interest of the child, the court will establish the domicile of the minors T. A. V. and T. S. G. at the applicant's domicile in France.

Consequently, the court will admit the action under the terms of the mediation agreement.”¹⁷

However, there is a significant number of judgments in national mediation, with no foreign elements. Most of the time, the courts have only limited to find out the parties' consent, which they have included in their decisions¹⁸.

“Through the mediation agreement dated March 1, 2011, the parties reached an agreement regarding the amount of the maintenance obligation, the court finding the incidence of the provisions of art. 2 par. 1 and 4 of Law no. 192/2006 on the mediation and organization of the profession of mediator on the basis of which the parties can conclude to mediation on a voluntary basis, agreeing to resolve any conflicts in civil, commercial, family, in criminal matters, as well as in other matters, under the conditions provided by the present law, except those situations that can not be mediated, such as those regarding the status of the person, as well as any other rights which the parties, according to the law, can not by convention or by any other means permitted by law.

Considering these legal provisions, and also the provisions of art. 64 of the same normative act, on the basis of which mediation can be used in matters including the disagreements between spouses concerning the continuation of marriage, the exercise of parental rights, the establishment

¹⁷ Galați Local Court, Civil Sentence No. 2630 of 19.03.2013.

¹⁸ Brăila Local Court, Civil Sentence No. 2988 of 16.04.2015; Bacău Regional Court, Civil Sentence No. 562 of 26.09.2016; Pitești Local Court, Civil Sentence No. 3345 of 15.04.2015; For more court decisions, see *Culegere de hotărâri judecătorești pronunțate în materia medierii, cu note și comentarii*, Ed. A II-a, Ed. Universitară, București, 2012.

of children's homes, the parents' contribution to child care, and any other misunderstandings that arise in spouses' rights that they may have according to the law, ascertaining that the outcome of the mediation of the parties in relation to this issue is not contrary to the best interests of the child, but likely to encourage parents to focus primarily on the needs of the child (...), pursuant to art. 63 of Law no. 192/2006 the court shall pronounce, at the request of the parties, a decision, according to the provisions of art. 271 of the Code of Civil Procedure. (...) Admits the application registered under no. 19864/231/2010, formulated by the applicant X. , residing at V. , in conflict with Y. , resident in V. , having as subject a maintenance pension. As a consequence, the court takes note of the mediation agreement signed by the parties.”¹⁹

It can be seen that the court has checked whether the content of the mediation agreement corresponds to the best interests of the child.

“The applicant X, residing in Râmnicu Sărat, Buzău County, against Y, domiciled in A city, Buzău County, requested that the judgement which would be pronounced to grant him the custody of the minor Z for growth and education and to order the termination of the maintenance obligation established by civil sentence no. 34 of January 11, 2007, pronounced by the Râmnicu Sărat local Court.

In the substantive reasoning of the action, the plaintiff shows that through civil sentence no. 34 of 11.01.2007, pronounced by the Râmnicu Sărat local Court, the custody of the minors Z and W was conferred to the respondent. The interest in promoting this action is justified by the fact that

¹⁹ Focsani Local Court, Civil Sentence No. 2937 of 05.05.2011.

it is impossible for the respondent to provide the minor with the necessary conditions for a correspondingly material development.

Both minors are pupils and the expenses for raising and education for the two minors have increased substantially, so that in this situation maintaining the measure ordered by the aforementioned decision would have harmful consequences on the physical development and education of the minors.

As a matter of law, the plaintiff based his action on the provisions of art. 44 of Family Code. In evidence, the applicant filed the civil divorce sentence no. 34/2007 pronounced by Râmnicu Sărat Court, the birth certificate of minor Z and applicant's identity card.

On March 18, 2011, the complainant made evidence that a mediation agreement had been concluded between the parties, requesting to the court to take into account this agreement and to pronounce an Agreed Order (*hotărâre de expedient*).

Verifying the content of the mediation agreement under art. 271 Romanian Civil Procedure Code, and art. 67 of Law No. 192/2006, the court will admit the action and will take note of the mediation agreement whose content will be part of the sentence.”²⁰

The case was brought by the applicant C. V. M. with domicile in T, no 15, county G. against the defendant B. N. having domicile in T, No. 15, county G. , for concluding mediation agreement - minors.

“On the grounds of the action, the applicant states that the minor B. G. D. , born on 24.12.2004, was the result of the concubinage relationship of the parties. They lived together at the home of T. , No. 15, county G, where the

²⁰ Râmnicul Sărat Local Court, Civil Sentence No. 662 of 18.03.2011.

minor also presently lives. Because the defendant has left home, they have been separated for about two years. He gone abroad and is no longer involved in family life. Because before all the institutions it is required the consent to any decision on the rights of the minor, they have agreed that it is in the minor's best interest that the parental authority would be exercised exclusively by the mother. So, the child's dwelling remains with the mother and the defendant contributes according to possibilities.

According to art.438 of the Civil Code and art. 63 of Law 192/2006, the Court decide to enforce the settlement of the parties C. V. M. , with domicile in T No. 15, county G. , and B. N. , domiciled in T. , No. 15, county G. , materialized in agreement of mediation, concluded on 06.10.2015 at the Bureau of Mediators B. A. L. , this agreement being part of the judgment.”²¹

In another decision, the court exercised control over the content of the mediation act: the “reason for rejecting the application is the fact that the mediation agreement does not meet all the legal conditions for the court to be able to take note of the agreement established by this document. Thus, there is confusion between the institution of the exercise of parental authority and the establishment of the residence of the child after divorce.”²²

9 Law to be applied to mediation settlements

From the legal point of view, mediation settlements are contracts having their object the prestation of services. It has a plurality of parties, an onerous and an sinallagmatic character. As has been pointed out in the

²¹ Tecuci Local Court, Civil Sentence No. 2656 of 29.10.2015.

²² Local Court Onești, Civil Sentence No. 127/C of 21.01.2014.

doctrine, “(t)he mediator’s performance is the one which characterizes the contract, and it is a services’ provision. As has been pointed out before, the mediator undertakes to use her/his best efforts to channel the communication between the disputants, so that they may conclude their own arrangement on the conflict. On their part, the disputants are obliged to pay for the services rendered, even if the fees may be assumed by third parties, namely the State or charities, notwithstanding the fact that mediation expenses may also be considered a part of legal aid.”²³

Of course, the subjects involved in mediation contracts have the legal possibility to choose the applicable law according to art. 3 of the Rome I Regulation.

Their choice “shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract” (Art. 3, 1 Rome I Regulation).

However, it is difficult to imagine, in our opinion, a partial choice of law exercised by the parties in mediation contracts. This is because the subject of choice of law is limited to matters having an obligational nature between the parties involved. All aspects related to the exercise of parental rights and custody of the child are subject to the law of protection (*lex protectionis* – usually the law of the habitual residence of the child), regardless of the law chosen by the parties of the mediation contract.

The law chosen by the parties will govern the formation of the mediation contract (e.g. as regards the consent, or the formal requirements),

²³ P. O. Prieto de los Mozos, “*The Law Applicable to International Mediation Contracts*”, in InDret, Review on the Analysis of Law, No. 1/2011, pp.3-4.

and also the nature of an agreement entered into by the parties, should be answered by the law applicable to contractual obligations²⁴.

Mediation is often international in its nature. Internationality of mediation contracts involves one or more foreign elements. For example, the parties to the contract are foreign nationals or they have their habitually resident abroad; the contract is signed abroad²⁵; in child abduction cases, the child has his/her habitual residence abroad; or the obligations of the parties need to be performed in a foreign country. In complicated family matters, there are often used two or more mediators having their professional seat in different countries.

What law should be applied if mediation is carried out by two mediators, having their headquarters in different countries? Of course, we consider the hypothesis in which the parties to the mediation contract did not choose the law applicable, according to art. 3 of the Rome I Regulation. In principle, the contract shall be governed “by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence” (Art. 4, 2 *fin*, Rome I Regulation). It is obvious that the characteristic performance in the case of a mediation contract is that of the mediator's performance²⁶.

²⁴ C. Esplugues; J. L. Iglesias, “*Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU*”, p. 10.

²⁵ P. O. Prieto de los Mozos, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ “The determination of the performance which is characteristic of the contract could be fundamental for the determination of the law applicable to the mediation contract in absence of choice. Such performance is said to be the performance that reveals the legal and economic function of the contract, i.e., the one that “gives a name” to the contract” (P. O. Prieto de los Mozos, *op. cit.*, p. 3, note 4).

In the absence of the choice of law, in cases of international mediation with several mediators, from different countries, we consider that the principle of the closest links should be applied: “(w)here the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected” (Art. 4, 4 Rome Regulation). We are talking here about a rule of residual conflict norm, which takes over the mechanism of the escape clause. If the escape clause acts severely, leading to the replacement of the rule of conflict, thus fulfilling a corrective role, the residual clause is part of the conflict rule, allowing flexibility by applying it differently according to the concrete circumstances of the legal relationship. In both cases the role of the judge is a major one, he being the one who assesses the circumstances and, on this basis, establishes proximity according to the intensity of the links with the respective legal systems. The mechanism of the two instruments is very similar, in both situations the issue of assessing the factual circumstances which lead to the closest links is posed. In terms of predictability, the residual clause is "milder", with a considerably lower surprise effect, being part of the rule of conflict known to those legally bound. Instead, the exception clause often surprises, the parties being taught to relate to the norm of conflict (choice of law norm), ignoring the escape clause almost completely²⁷.

²⁷-The purpose of the escape clauses is to induce certain flexibility when the abstract rule of the norm of conflict would lead to unjust results related to the location of the considered legal case. In other words, it represents an exceptional correction to the norm of conflict, considering the variability of the daily reality. Its finality is to contribute to the conflicts justice, as part of it (“conflicts justice” or “kollisionsrechtliche Gerechtigkeit” / “internationalprivatrechtliche Gerechtlichkeit” – Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8th Auflage, 2000, p. 114), aimed at assuring equity in the determination of legal proximity. This

In conclusion, despite the fact that EU national legal systems on mediation are silent as regards the law applicable to the mediation contract²⁸ (with the only exception of Greece), the law applicable to the settlement reached by the parties will be determined in accordance with the existing rules

internationalprivatrechtliche Gerechtllichkeit also has its own soul and specific method, seeking all the time the legal system which is the most “closest” to the parties of the legal relationship (generally speaking), and not necessarily geographically, but from the point of view of the elements of legal integration. The conflicts justice aims at identifying the centre of life (interest) of the person, the “premise of the legal relation” establishing the applicable jurisdiction, depending on the circumstances and on the nature of the envisaged institutions. It operates with the concept of legal proximity, setting up the determination criteria and methods, being a *rechtsanwendungsrecht* which should act “without peeping” to the substantial content of the laws to which the respective relation shows connections. Regarding the escape clause in private international law, see A. Bucher, “*La clause d’exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP*” in 21^e Journée de droit international privé – 20 mars 2009; T. Hirse, *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht*, Tübingen 2006; P. Rémy- Corlay, *Mise en oeuvre et régime procédural de la clause d’exception dans les conflits de lois*, Rev.crit. 2003, p. 37-76; H. Gaudemet-Tallon, “*Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)*”, RCADI 312 (2005), p. 9-488 (327-338); J. D. González Campos, “*Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*”, RCADI 287 (2000), p. 9- 426 (253-262, 297-303); P. Lagarde, “*Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*”, RCADI 196 (1986-I), p. 9-237 (97-126); U. Blaurock, *Vermutungen und Ausweichklausel in Art. 4 EVÜ*, in Festschrift für Hans Stoll, Tübingen 2001, p. 463-480. The escape clause is not subsidiary to the conflict norm, but exceptional to this (D. A. Popescu, *Guide on international private law in succession matters*, Bucharest, 2014, p. 43-44, note 96).

²⁸ N. Alexander, “*Introducing Regulatory Robustness Ratings for Mediation Regimes in the EU*”, in N. Alexander, S. Walsh, M. Svatos (Ed.), *EU Mediation Law Handbook. Regulatory Robustness. Ratings for Mediation Regimes*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2017, Ch. I., pp. 1-33.

of private international law²⁹. Having a contractual nature, mediation agreements are regulated, as regarding the law applicable, by Rome I Regulation. When the parties have chosen the applicable law, the law chosen will apply (Art. 3 Rome I Regulation). However, there are certain limits of autonomy, stemming, on the one hand, from the exclusions of the Rome I Regulation, and, on the other hand, from the mandatory application of EU Standards in matters of mediation. Matters that are excluded by the Rome I Regulation will be governed by the national private international rules:

- the capacity to enter into a mediation clause or a mediation agreement falling outside the scope of the Regulation – *lex patriae* principle³⁰;
- the law applicable to the content of the agreement is directly dependent on the nature of the dispute or of the settlement reached by the parties. “Depending on the specific obligations agreed upon, and their nature and legal enforceability, the applicable law will vary” (P. O. Prieto Mozos, op. cit., p. 8). If mediation agreement is related to succession matters, the rules of EU Succession Regulation must be

²⁹ C. Esplugues; J. L. Iglesias, *Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU*, p. 10; C. Esplugues, in *Encyclopedia of Private International Law* (J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari, P. de Miguel Assensio – Ed.), Edward Elgar Publishing, Vol. 2, 2017, p. 1252-1253.

³⁰ Art. 1, p. 2 Rome I Regulation: “The following shall be excluded from the scope of this Regulation: (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons, without prejudice to Article 13”. For more details, M. McParland, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, 2015, pp. 717-723; Magnus/Mankowski, *European Commentaries on Private International Law. Vol. II, Rome I Regulation – Commentary*, Otto Schmidt Verlag, 2017, pp. 681-683; p. 735; G.-P. Calliess (Ed.), *Rome Regulations*, Second Edition, Wolters Kluwer, 2015, pp. 58-59; F. Ferrari (Ed.) 2015, *Rome I Regulation. Pocket Commentary*, Sellier, pp. 42-43.

observed. If it is related to the custody of the child, the best interest of the child principle have to be respected, taking into account all the circumstances of the case;

- we must distinguish between the law applicable to the mediation agreement, generally subject to the provisions of the Rome I Regulation, and the law applicable to the parental agreement. The validity of the latter must comply with the provisions of the law governing parental responsibility, usually the law of the child's habitual residence³¹.
- the role played by the mediator will be in principle governed by the national rules of the country where mediation procedure is taking place. This national law will also determine the legal status of mediators, being they national or foreign and their duties on confidentiality. It is important to emphasize that, "as a matter of principle no discrimination by reason of nationality is envisaged in the Member States, even in some countries in relation to non-EU citizens. The application of the national general legal framework regarding

³¹ I. Verougstraete, *op. cit.*, p. 19, 7.1.: "The validity of a mediation clause must be assessed independently, i.e. separately from the question of the validity of the contract whose execution, validity or interpretation constitutes a problem. This solution is consistent with EU legislation and is actually common sense. The effectiveness of such a clause has been challenged – the directive is silent in this respect. The question is whether the party, which, notwithstanding the mediation clause, is being sued directly in court, may enter a dilatory plea or claim the inadmissibility of the action. Opinions are divided, and some courts have concluded from the voluntary nature of mediation that it would serve no purpose to deny an application summarily on that basis. This view is opposed by others who believe that contract law should not focus on the outcome of the agreed procedure."

foreign mediators also relates to countries which distinguish registered and non-registered mediators”³²;

- the mediators liability in cross-border mediation should be established, in principle, according to the rules of the applicable law to the content of the mediation settlement. The contractual nature of the liability will prevail whenever the mediator's conduct will not embrace a delictual form. In the latter case, the law applicable to the mediator's liability shall be determined in accordance with the Rome II *EU Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*. The national law of the place of mediation process and national law of the mediator will also play an important role as regarding the mediation standards (confidentiality, mediator independence, appreciation of mediator professional conduct etc);
- the mediation procedure will be regulated, in principle, by the law of the place of the mediation process. The role of the agreement of the parties to the mediation agreement may not be neglected. So, “it would be for them to fix the rules of the proceeding, venue, language or seat in accordance with the law of the place where the mediation takes place. The only limits stressed are those related to the preservation of same basic principles like the maintenance of confidentiality, impartiality, equal treatment of the parties and so on, in accordance with the law of the seat of the mediation. Because of the monistic position maintained in many EU Member State, these principles are

³² C. Esplugues, in *Encyclopedia...*, p. 1252.

applicable both to internal and cross-border mediations in that country.”³³

10 Efficient mediation of child abduction cases. Malta process. Recognition and enforcement of agreements concluded during return proceedings

According to the Hague Mediation “Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction”, adopted in 2012, mediation agreements “should not be seen as a complete substitute for judicial procedures, but as a complement” (45). In other words, the possibility of appealing to the court can not be ruled out even if the parties have entered into a mediation agreement.

An efficient mediation of child abduction cases without a proper understanding of the Hague Convention of 1980 is not possible. In child abduction cases, mediation needs to be conducted on short time. There are drastically limits the timeline of mediation, often to a couple of days. That means pressure of the parties (and on mediators) to get results in a relatively short period of time and focuses the initial attention on the return or retention³⁴.

In many cases there is an imbalance of power between the two sides, such as, for instance, the left-behind parent assumes being the one that most probably will win the case. It thus impacts the mediation momentum and

³³ C. Esplugues, *Ibidem*, p. 1253.

³⁴ Z. D. Șuștac, J. Walker, C. Ignat, A. E. Ciucă, S. E. Lungu, *Best Practice Guide on the use of Mediation in Cross-border Cases*, Bucharest, 2013, p. 19-23.

mediators need to be aware of that and be able to move swiftly from the strictly legal aspects of the case to interpersonal ones. The left-behind parent is not always truly wishing that the child be returned³⁵. There are several reasons as to why parents submit applications based on the Hague Convention, such as: the left-behind parent wishes that his/her spouse return; the left-behind parent does not trust the legal system of the country where the abducted child was brought to and is afraid of losing contact with the child; the father is angry with his wife because she took the child away without his consent and could be willing to make her accountable or even resort to revenge by initiating the process³⁶.

One of the essential factors when mediating such cases is to determine whether the child or children was/were abducted from a functional marriage or relationship or whether the parents were already separated or even divorced and each lived separately³⁷. If the relationship was still intact – at least from the point of view of the left-behind parent – the mediation is dealing most likely with issues concerning the relationship.

According to the **Hague Mediation Guide**, the experience has shown that the return proceedings need to be followed, where possible, by stay of proceedings for mediation. This can give you many advantages:

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ N. Gonzáles Martín, “*International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview*”, in *Family Law Quarterly*, Vol. 48, No. 2 (Summer 2014) pp. 333-337.

“a) It may positively affect the taking parent’s motivation to engage in finding an amicable solution when otherwise faced with the concrete option of court proceedings.

b) The court may be able to set a clear timeframe within which the mediation sessions must be held. Thus the misuse of mediation as a delaying tactic is avoided and the taking parent is not able to gain any advantages from the use of Article 12(2) of the 1980 Hague Child Abduction Convention.

c) The court may take necessary protective measures to prevent the taking parent from taking the child to a third country or going into hiding.

d) The left-behind parent’s possible presence in the country to which the child was abducted to attend the Hague court hearing can be used to arrange for a short sequence of in-person mediation sessions without creating additional travel costs for the left-behind parent.

e) The court seised could, depending on its competency in this matter, decide on provisional contact arrangements between the left-behind parent and the child, which prevents alienation and may have a positive effect on the mediation process itself.

f) Funding for court-referred mediation may be available.

g) Furthermore, the fact that the parties will most likely have specialist legal representation at this stage already helps to ensure that the parties have access to the relevant legal information in the course of mediation.

h) Finally, the court can follow up the result of mediation and ensure that the agreement will have legal effect in the legal system to which the child was abducted.”³⁸

One of the most stringent aspects of mediating cross-border family disputes consists in the intercultural dimension³⁹. When bi-national couples meet and fall in love⁴⁰, they are often fascinated that their new partner comes from a different cultural background⁴¹. When the relationship breaks down,

³⁸ Hague Mediation “Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction”, (61).

³⁹ N. Marie Alexander, “*Mediating Beautifully: The Alchemy of Aesthetics in a Fragmented Age*”, in Singapore Management University, School of Law, Research Paper No. 12/2017.

⁴⁰ E. Heikkilä, D. Rauhut (eds.), *Marriage Migration and Multicultural Relationships*, Institute of Migration, 2015, pp. 5-14.

⁴¹ S. P. Huntington, “The Clash of Civilizations?”, *Foreign Affairs*, 72, 1993, pp. 22-49; See also Ch. von Bar (Ed.), *Islamic Law and its reception by the Courts in the West / Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux*, Cologne, 1999; Edward H. Hall, *Understanding Cultural Differences: Germans, French and Americans*, Intercultural Press 1990; H. van Loon, “*The Accommodation of Religious Laws in Cross-Border Situations: The Contribution of the Hague Conference on Private International Law*”, in Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, No 1, p. 262, no. 4: “As a result of massive migration and other movements of people to the West, in particular from countries within the Islamic tradition, the need to accommodate the differences between such systems and those of Western countries has increased considerably in recent years. And, given the political overtones of the public debate on cultural and religious differences in Western societies, it has become even more critical to develop legal strategies to protect the rights of persons and families caught in such “conflicts of laws”. No wonder, then, that this has become an increasing concern of the Hague Conference, in addition to its many other activities”; Bruce E. Barnes, “*The Roles of Culture: Muslim Country Leaders, NGOs, and European Small- Country Leaders as International Mediators in Southeast Asia*”, in *Essays on Mediation. Dealing with Disputes in the 21st Century* (I. Macduff Ed.), Walters Kluwer, 2016, p. 125 et seq.

however, the same differences can get to be perceived as threatening, and the parties can return to traditional thinking⁴². Therefore, mediators⁴³ need to take into account the cultural and religious considerations that could affect the situation (according to the Hague Conference on the Permanent Bureau for Private International Law 2012: 62)⁴⁴.

The legal best interests of the child and its protection requires respect for the child's right to maintain contacts with both parents. In the case of *Blaga v. Romania*, European Court of Human Rights (ECHR) held, on 1 July 2014: "The Court reiterates that the mutual enjoyment by parents and children of each other's company constitutes a fundamental element of family life and is protected under Article 8 of the Convention [...] In this area the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – was struck,

⁴² R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention. A Critical Analysis*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 146-173.

⁴³ See *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters* – European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), adopted on 7 December 2007, Strasbourg (CEPEJ(2007)14): "Even if mediation is available and accessible to all, not everyone is aware of mediation. Responses to the questionnaire show that lack of awareness among judiciary, legal professionals, users of justice system and the general public is one of the main obstacles to the advancement of mediation. Member states and mediation stakeholders should keep in mind that it is hard to break society's reliance on the traditional court process, as the principal way of resolving disputes" (37).

⁴⁴ T. Kruger, *International Child Abduction*, Oxford and Portland, Oregon, 2011, pp. 156-161.

within the margin of appreciation afforded to States in such matters [...]” – point 64⁴⁵.

On 24 March 2014 The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law announced the 10th Anniversary of the **Malta Process**, a dialogue involving both Contracting States to the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* and of the *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*, and non-Contracting States whose legal systems are based on or influenced by Islamic law (“Shariah”)⁴⁶.

The *Malta process*⁴⁷ was launched at a Judicial Conference on Cross-Frontier Family Law Issues in St. Julian’s, Malta, in March 2004 and “brought together judges from Algeria, Belgium, Egypt, France, Germany, Italy, Lebanon, Malta, Morocco, the Netherlands, Spain, Sweden, Tunisia, the United Kingdom, and experts from the European Commission and Council, as well as from NGOs. They adopted a Declaration in which they affirmed the principles of the 1989 *UN Convention on the Rights of the Child* as a basis for

⁴⁵ For more details, see Dr. L. Heckendorn Urscheler, Dr. I. Pretelli, *Cross-border parental child abduction in the European Union*, Study, available here: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU\(2015\)5100_12_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510012/IPOL_STU(2015)5100_12_EN.pdf).

⁴⁶ H. van Loon, *op. cit.*, p. 262-263, no. 4-5.

⁴⁷ W. Duncan, “*Towards the Malta Process*”, in Hague Conference on Private International Law, *The Judges’ Newsletter*, Vol. VIII, autumn 2004, Special Focus, Malta judicial conference on cross-frontier family law issues involving certain Hague and non-Hague States, National Reports by 14 States and the Conclusions of the Judicial Conference, pp. 4-8, at p. 6.

action, and agreed that efficient and properly resourced authorities should be established in each State to co-operate in securing cross-frontier rights of contact and in combating the illicit transfer and non-return of children. It was further agreed that common rules were needed to specify which country's courts are competent to make decisions concerning custody and contact, and that such decisions made by a competent court in one country should be respected in other countries.”⁴⁸

The success of the first judicial conference led to a subsequent conference in 2006 and a third conference took place in 2009, each of the them concluding with a “Malta Declaration”. In response to a recommendation made at the Third Malta Conference in 2009⁴⁹, the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference approved the establishment of a Working Party on Mediation in the context of the Malta Process. The objective of the Working Party is to promote the development of mediation structures to help resolve cross-border family disputes concerning custody of abducted children, from states where the 1980 Hague Child Abduction Convention does not apply⁵⁰.

Malta IV Conference on Cross-Frontier Child Protection and Family Law took place from 2-5 May 2016. “The experts recognised that the 1980 Child Abduction Convention, the 1996 Child Protection Convention and the 2007 Child Support Convention support a number of key principles expressed in the 1989 *United Nations Convention on the Rights of the Child*,

⁴⁸ H. van Loon, “*The Accommodation of Religious Laws in Cross-Border Situations: The Contribution of the Hague Conference on Private International Law*”, in Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, No 1, pp. 265-266, no. 17.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 266, no. 18-19.

⁵⁰ *Ibidem*.

all in the best interests of children. The experts noted that these Hague Children's Conventions are designed to be global in reach and to be compatible with diverse legal traditions. Experts underlined the important benefits of the Hague Children's Conventions for States Parties.”⁵¹

In order to promote internationally family agreements involving children, the Hague Experts' Group meeting on recognition and enforcement of agreements in family matters – 14-16 June 2017 – considers the necessity of adopting a new Hague binding instrument in family matters. The benefits of such instrument would be:

- “enabling package agreements to be made legally enforceable in one Contracting State and then recognised and enforced in other Contracting States cost effectively;
- establishing a simplified and prompt procedure, which may include concentrated jurisdiction, to render a package agreement legally binding and enforceable in one Contracting State and for simple and prompt recognition and enforcement of the decision of that court or authority in other Contracting States;
- whilst protecting the best interests of the child, enabling party autonomy by giving parents the possibility of selecting a legal system which has a substantial connection with the child to render the agreement enforceable.”⁵²

There is ***no authentic enforceability*** of the settlement reached by the parties within a mediation proceeding. Enforceability depends on its homologation by a public authority. This may be a court that takes note of the

⁵¹ <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=486>.

⁵² <https://assets.hcch.net/docs/1c688fd7-631d-4bb3-9597-e2c7a975839a.pdf>.

mediation agreement or a notary public authenticating the document in the presence of the parties.

The European Parliament encourages Member States to take steps to facilitate the recognition and enforcement of mediation agreements in accordance with citizens' fundamental rights, facilitating free movement of mediation settlements: "despite the voluntary nature of mediation, further steps must be taken to ensure the enforceability of mediated agreements in a quick and affordable manner, with full respect for fundamental rights, as well as Union and national law; recalls in that respect that the domestic enforceability of an agreement reached by the parties in a Member State is, as a general rule, subject to homologation by a public authority, which gives rise to additional costs, is time consuming for the parties to the settlement, and could therefore negatively affect the circulation of foreign mediation settlements, especially in cases of small disputes."⁵³

Recently, following a legislative change, Romanian legislation has been granted the enforceable title for parental agreements. Law no. 17/2017 – regarding the approval of Government Emergency Ordinance no. 1/2016 for the amendment of the Law no. 134/2010 on the Code of Civil Procedure, as well as related normative acts – amended (in article IV¹) the Romanian Notaries Public Law, No. 36/1995, introducing a new paragraph (2) to art. 100, which explicitly establishes that the parental agreements authenticated by the public notary are *ex lege* enforceable titles. Obviously, such parental

⁵³ Report on the implementation of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (the 'Mediation Directive'). Motion for a European Parliament Resolution, 10: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0238+0+DOC+XML+V0//EN>.

agreements may be the result of a prior mediation procedure, as the holders of the parental authority can reach a direct agreement with the notary without having followed a prior mediation procedure.

According to the new paragraph (2) of article 100 of the Notaries Public Law,

“(i)t is also an enforceable title a parental agreement made before a notary public on the occasion of divorce procedure or thereafter, where, in exercising jointly the parental authority, parents agree on aspects such as determining the child’s residence, ways to keep personal links with the child by the parent who doesn’t live with the child, as well as other measures on which parents can agree in the conditions set forth under art. 375 (2) of the Civil Code, republished, with subsequent modifications.”

After article 100 a new article was introduced (article 100¹), with the following wording: “For the validity of the parental agreement concluded in the divorce proceedings or in any other situation, the notary public shall obtain the psycho-social inquiry report and proceed with hearing the child in the conditions set forth under art. 264 Civil Code, republished, as subsequently amended.”

Finally, to article 136, after paragraph (4) a new paragraph is being added, paragraph (5), with the following wording: “(t)he document authenticated by the notary public, which establishes the parental consent, is an enforceable title under the conditions of art. 100 par. (2).”

Several observations are necessary in order to clarify the meaning of the new provisions in relation to the traditional competencies of notaries public, as they are recognized in the Member States of civil law:

First of all, it should be noted that notaries do not exercise jurisdiction within the meaning of the Brussels IIbis Regulation in parental responsibility

matters. However, the notary is assimilated to the notion of court in international divorce proceedings where, under the domestic law of that Member State, the notary enjoys such powers. In these procedures, if the rules of international competence provided for in art. 3 of the Brussels Ibis Regulation are met, the notary will expand its jurisdiction, pursuant to Art. 12 of the Regulation, also on issues related to the exercise of the parental authority;

If the notary does not exercise an international divorce procedure, the authentication of parental agreements may have not the meaning of a judicial decision on custody of the child. In these case, the notary will authenticate the parental agreement under its general competence of authentication, regardless of the nationality or the habitual residence of the child or his/her parents⁵⁴;

Parental agreements may or may be not the result of mediation process. Notary's competence to authenticate such agreements is also expresly provided for in art. 59, par. (1) of the Romanian Mediation Act⁵⁵;

So, if parental agreements are results of the mediation procedures, there is a difference reflected in the nature of the national authority that takes note of this agreements. If parental agreements are authenticated by notaries, outside the divorce procedure, there are no limitations on international

⁵⁴ Andrae, in Nomos Kommentar BGB I Art. 46, note 4; Rauscher (Ed.), in *Brussels Ibis Regulation*, Art. 46, note 6; U. Magnus, in Magnus/Mankowski (Ed.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt Verlag, Köln, 2017, Art. 46, p. 415: "In any event, the nationality and habitual residence of the persons of the persons seeking the authentication are irrelevant."

⁵⁵ According to this article of law, "(t)he parties may request the notary to authenticate their agreement" (par. (1)). .

competence, because in these procedures notaries are not assimilated to the courts. If, by the contrary, the courts takes note of mediation agreements, they must have international competence according to Brussel IIbis rules;

The notary has the obligation of hearing the child⁵⁶. According to art. 264 of the Romanian Civil Code, in the administrative or judicial proceedings

⁵⁶ See Art. 12 of the *United Nations Convention on the Rights of the Child* (CRC) of 20 November 1989 (entered into force on 2 September 1990): (1) “States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.” (2) “For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.” In this context, it must be pointed out that, in the same way, the *Hague 1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* explicitly states in Art. 13 (2) as follows: “The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.” The Explanatory Report on this Convention mentions that “[s]uch a provision was absolutely necessary given the fact that the Convention applies, *ratione personae*, to all children under the age of sixteen; the fact must be acknowledged that it would be very difficult to accept that a child of, for example, fifteen years of age, should be returned against its will. Moreover, as regards this particular point, all efforts to agree on a minimum age at which the views of the child could be taken into account failed, since all the ages suggested seemed artificial, even arbitrary. It seemed best to leave the application of this clause to the discretion of the competent authorities” (E. Pérez-Vera, “Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention”, in *Proceedings of the Fourteenth Session (1980), Tome III, Child abduction*, The Hague, Imprimerie Nationale, 1982 (“Explanatory Report”), par. 30). Also under the *Hague 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* recognition of protective measures taken in respect of the child may be refused “if the measure was taken, except in a case of urgency, in the context of a judicial or

that concern him, it is mandatory to hear the child who has reached the age of 10. However, a child who has not reached the age of 10 may also be heard if the competent authority considers it necessary to settle the case. The right to be heard implies the possibility for the child to request and receive any information, according to his or her age, to express his / her opinion and to be informed of the consequences this may have, as well as the consequences any decision that concerns him (art. 264, par. (2) Romanian Civil Code)⁵⁷;

administrative proceeding, without the child having been provided the opportunity to be heard, in violation of fundamental principles of procedure of the requested State” – Art. 23 (2) b).

⁵⁷ Prof. M. Henaghan, “*The voice of the child in international child abduction cases – Do judges have a hearing problem?*”, in *The Judges’ Newsletter on International Child Abduction*, Volume XXII, Summer Fall, 2018, pp. 14-15: “It is essential that we listen to children. Children understand their own world better than anyone else. Each child is unique and sees their world in their own particular way. Giving the child an opportunity to express their views therefore leads to more workable arrangements about their care. (...) Further, it is important to have respect for the dignity of the person the decision is about. Allowing the child to express their views is democratic and inclusive. Most children want to have a say. Research carried out with Nicola Taylor and Megan Gollop in our relocation study shows that children want to be heard. (...) The child objection defence is totally out of tune with a children’s rights framework. It shows a lack of understanding of children’s viewpoints and how important it is to incorporate a child’s general point of view, rather than narrowly focusing on whether they want to stay or leave. It also fails to put the child’s perspective into the context of the child’s everyday life. What is at stake here is ensuring that courts are fully informed as to what is happening to the child, how they are experiencing it, and what is really important to them in terms of their everyday life. Judges have a hearing problem when it comes to younger children and, given the narrow scope of the child objection defence, that further exasperates their ability to hear what is going on for the particular child. The time for reform is now.” (*Ibidem*, p. 16). See also S. Calvert, “*What happens to children in high conflict parenting disputes. How should we think of their “voice”?*”, in *The Judges’ Newsletter on International Child Abduction*, Volume XXII, Summer Fall, 2018, pp. 16-19; C. Houston, N. Bala and M. Saini, “Crossover Cases of High Conflict Families Involving

Parental agreements authenticated by notaries outside the divorce proceedings are subject to the control of the competent court, in accordance with art. 8 and following of the Brussels Ibis Regulation;

Parental agreements authenticated by the notaries are enforceable titles (art. 136, par. (5) Romanian Notary Public Law, No. 36/1995, as amended). And, being enforceable in the Member State of origin⁵⁸, shall be also declared enforceable in other Member States, under the same conditions as judgments. Art. 46 of Brussels Ibis Regulation expressly mentions that “(d)ocuments which have been formally drawn up or registered as authentic instruments and are enforceable in one Member State and also agreements between the parties that are enforceable in the Member State in which they were concluded shall be recognised and declared enforceable under the same conditions as judgments.” As pointed out in the literature⁵⁹, “Art. 46 applies also to any private agreement on matters covered by the Regulation if this agreement is enforceable under the law of the Member state of origin. Enforceability means again that the agreement serves as a title and can be immediately enforced (...). Agreements comprise court settlements’ – which will regularly fulfil the requirements of an authentic instrument as well – but also out-of-court settlements if they are granted direct enforceability”;

Child Protection Services: Ontario Research and Suggestions for Good Practice”, *Family Court Review*, vol. 55 no. 3, 2017, pp. 362-374; M. Freeman, *Parental Child Abductions: The Long-Term Effects*, London, International Centre for Family Law, Policy, and Practice, 2014; L. Blake, “Parents and Children Who Are Estranged in Adulthood: a review and discussion of the literature”, *Journal of Family Theory and Review*, vol. 9, 2017, pp. 521-36.

⁵⁸ U. Magnus, in Magnus/Mankowski (Ed.), *op. cit.*, Art. 46, p. 415: “the law of the state of origin would decide on the enforceability of an agreement.”

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 415-416.

Parental agreements concluded in the mediation procedure are not *per se* enforceable titles, except to the extent they are authenticated by a notary public or are included in a court settlement⁶⁰. Art. 6 (2) of the 2008 EU Mediation Directive clearly states that, in order to be enforceable, the mediation agreement must be incorporated in the content of a judgment or in an authentic instrument: “(t)he content of the agreement may be made enforceable by a court or other competent authority in a judgment or decision or in an authentic instrument in accordance with the law of the Member State where the request is made”;

Located behind the fixed rules of international jurisdiction of courts, mediation is an institution with a fundamental role, especially in international family law matters, encouraging private autonomy⁶¹ and respect for identity and choice of the parties. As pointed out by Ruth Lamont, “(t)he central aspect of mediation is to enable the parties to reach a decision for themselves without the formal decision of a court, representing an expression of autonomy. (...) Providing scope for autonomy of decision-making away from the court has

⁶⁰ See also art. 59, par. (2) Romanian Mediation Act: “The parties to the mediation agreement may go to court to request, in compliance with the legal proceedings, to give a decision to legalize their agreement. Competence shall lay with the court in whose jurisdiction any of the parties have their domicile or residence or, where appropriate, the head office or the court of first instance in whose jurisdiction is located the place where it has been signed mediation agreement. The decision whereby the court consents on the understanding between parties shall be delivered in the Council Hall and shall be an enforcement title under the law. The provisions of Article 432 - 434 of the Civil Procedure Code, republished, as amended, shall apply accordingly.”.

⁶¹ This autonomy was called “autonomy of process”, having as purpose a very flexible and individualized form of justice determined by the parties for themselves (A. Diduck, “*Autonomy and Family Justice*”, in *Child and Family Law Quarterly*, 2016, 28, p. 134).

been a developing aspect of European private international family law. Mediation has been encouraged in family law for a number of reasons including speed of dispute resolution, cost saving in avoiding court proceedings, flexibility of procedure and confidentiality”⁶²;

Facilitating the recognition and enforcement of parental agreements obtained in the mediation procedure is a necessity of the moment. To this end, we welcome the suggestion of Professors C. Esplugues and J. L. Iglesias to introduce, according to the model of other European regulations, a European Mediation Certificate. Such a certificate will attest the fulfilment of the conditions of validity in the country of origin, including enforceability, facilitating enforcement in another Member State. According to the authors, “(t)he EU could also explore the possibility of creating an EU Mediation Settlement Certificate, to be granted by certain public authorities in the country of origin. This solution is more ambitious than the previous one. Yet, although it is in line with existing solutions already adopted in Union law, it may generate some opposition in some Member States. The creation of this EU Mediation Settlement Certificate would be in line with the philosophy underlying some existing EU legal instruments: for instance, the abovementioned Regulation 805/2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, and Regulation (EU) No 650/2012 on succession and on the creation of a European Certificate of Succession. This EU Mediation Settlement Certificate would definitely foster the circulation of foreign mediation settlements by laying down some minimum standards to

⁶² R. Lamont, “*Mediation in EU Cross-border Family Law*”, in P. Beaumont, M. Danov, K. Trimmings and B. Yüksel (Ed.), *Cross-Border Litigation in Europe*, Volume 20 in the series *Studies in Private International Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hurt Publishing, 2017, p. 788.

be complied with in the country where the settlement was reached and would therefore ensure its enforceability.”⁶³

⁶³ C. Esplugues, J. L. Iglesias, *Mediation and private international law: improving free circulation of mediation agreements across the EU*, p. 19, 3.2.2.2.: SSRN-id2874952.pdf.

TRADIȚIUNEA BUNULUI IMOBIL ÎN TRANSFERURILE DE PROPRIETATE A DOMINO PRIN CARTEA FUNCİARĂ

DOI: [10.24193/SUBBiur.64\(2019\).2.3](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.64(2019).2.3)

Published Online: 2019-07-03

Dan Nemeti*

Rezumat: Dreptul de proprietate este un drept subiectiv, cu elementele stabilite de norma pozitivă: *usus*, *fructus* și *abusus*. În elementele dreptului de proprietate imobiliară, posesia va dobândi noi valențe, pentru că sistemul de carte funciară operează cu elementul posesiei, pe care o transformă din posesie de fapt în posesie tabulară. Codul civil ne spune că proprietatea imobiliară se transferă, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea în cartea funciară. Până la dobândirea posesiei tabulare, element care formează dreptul deplin de proprietate, vom avea doar drepturi de creanță asupra bunului, executate prin predarea bunului. Tradițiunea bunului devine astfel un element esențial în transferul de proprietate imobiliară, în raportul obligațional tradițiunea fiind echivalentul executării obligației de a da, de a preda posesia tabulară. În noțiunea tehnică de proprietate, proteiformă, proprietatea imobiliară va fi static văzută ca bun și drept, aparținând persoanei sau patrimoniului, iar dinamic, vom avea drepturi de creanță a căror executare impune nu doar titlul de dobândire, ci și tradițiunea, prin predarea posesiei tabulare.

Cuvinte cheie: proprietate imobiliară, carte funciară, tradițiune, înscriere, posesie de fapt, posesie tabulară.

* Doctorand, Universitatea Babeș-Bolyai din Cluj, Școala Doctorală de Drept. contact: dan.nemeti@gmail.com.

TRADITION OF THE IMMOBILE ASSET IN THE REAL PROPERTY TRANSFER THROUGH LAND BOOK REGISTRY

Abstract: The real property right is a subjective right, with the elements established by the positive rule: *usus*, *fructus* and *abusus*. Between the elements of real property, possession will acquire new valences, considering that the Land Book registry system operates with the element of possession, turning it from a possession *de facto* to a land registry possession. The Romanian Civil Code tells us that immobile real property is transferred, both between the parties and to third parties, only by registration into the Land Book. Until the acquisition of the land registry possession, an element that gives the real property a complete shape, we will have only the rights to claim on the asset, executed by transfer of that asset. The tradition of the asset thus becomes an essential element in the transfer of immobile real property, in the mandatory report being the equivalent of the fulfilment of the *dare* obligation, to tradition the land registry possession. In the technical notion of ownership, the real property will be statically seen as an asset and a right belonging to individuals or their patrimony, and dynamically, we will have claims rights whose enforcement imposes not only the title of acquisition but also the handover of land registry possession.

Keywords: real property, land registry, tradition, *dare* obligation, enrolment, possession, Land Registry possession.

Polisemia noțiunii de proprietate înfățișează mai multe aspecte ale celui mai important drept real. Proprietatea poate fi privită ca drept, ca bun sau ca o componentă a patrimoniului persoanei. În dreptul modern proprietatea este alături de celelalte drepturi recunoscute persoanei un drept subiectiv, care nu este decât o modalitate de definire a unei situații juridice a subiectului raportat la alții¹. Chiar dacă în raporturile de creanță această afirmație se poate verifica foarte simplu, prin dreptul creditorului de a cere o

¹ J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil. Introduction générale*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p.148, Teoriile personaliste evidențiază cel mai bine această abordare.

anume conduită unei alte persoane, debitorul său, la proprietate - drept subiectiv - care permite titularului să posedă, să folosească și să dispună de un lucru, în mod absolut și exclusiv, afirmația pare greșită. Însă și excluderea altor persoane de la folosința unui lucru este tot o formă de raport social, ceea ce face ca afirmația să capete sens². Excluderea se poate realiza doar prin posesia exclusivă, în cazul bunurilor mobile și prin înscrierea în cartea funciară, în cazul bunurilor imobile. Cartea funciară reglementată de Codul civil din 2011, ca sistem atributiv de publicitate „descrie imobilele și drepturile reale ce au obiect aceste bunuri”³, dar fiind un sistem atributiv drepturile reale se vor naște/modifica sau stinge doar prin înscriere.

Sistemul de publicitate prin cărțile funciare operează cu două categorii de drepturi: drepturile tabulare, drepturi evidențiate și transportate prin sistemul de publicitate, și drepturile netabulare, recunoscute fără înscriere, care pot fi tranzacționate doar după înscrierea în cartea funciară (art. 887 alin. 3 C. civ.). Ce face diferența între aceste categorii, ambele recunoscute de lege? Care este elementul component al dreptului, cu care operează sistemul de carte funciară, pentru a limita dreptul de dispoziție asupra bunurilor ce nu sunt obiect al unui drept tabular? Este în sine o limitare a dreptului de dispoziție sau cartea funciară operează într-un alt registru al dreptului de proprietate? Chiar dacă legea ne spune că asupra drepturilor netabulare nu se va putea dispune decât după înscriere, această interdicție, ritos afirmată de art. 887 alin. 3 C. civ., în opinia noastră, nu apare ca o limitare directă a dreptului de dispoziție (*abusus*), ci o limitare indirectă a dreptului de dispoziție prin limitarea posesiei.

² Ibidem.

³ Art. 876 alin. 1 C.civ.

Dacă elementul din dreptul de proprietate care este limitat de cartea funciară este posesia, printr-o comparație între drepturile reale tabulare și drepturile reale recunoscute fără înscriere, putem conchide că și în cazul acestora din urmă, legea condiționează dobândirea dreptului de dobândirea posesiei, în forma dematerializată a posesiei tabulare.

Pe de altă parte, regulile de carte funciară se aplică, conform art. 876 C. civ., imobilelor și drepturilor „reale ce au obiect aceste bunuri”. În sensul prevederilor art. 542 C.civ., „sunt supuse regulilor referitoare la bunurile imobile și drepturile reale asupra acestora”, iar toate celelalte drepturi patrimoniale sunt „supuse regulilor referitoare la bunurile mobile”. Din aceste norme reiese că orice raport juridic de creanță asupra unui bun imobil va fi tratat după regulile de la bunurile mobile, atâta vreme cât nu este (încă) un drept real asupra unui bun imobil, în limitele prevăzute de lege. Neexistând în dreptul românesc un principiu al separației între actul obligațional și actul real, și neexistând o consacrare a regulii *traditio* din dreptul roman, transferul de proprietate se va realiza în baza raportului de creanță, drept mobilă imaterial⁴ (creanțe cu privire la un bun imobil), iar tradițiunea bunului se va realiza prin predarea posesiei tabulare. Obligația⁵ este (și) un mijloc de transfer al drepturilor reale, sau altfel spus, dacă drepturile reale se nasc prin executarea unor creanțe, atunci proprietatea apare ca fiind actul ultim de executare a obligației, creditorul primind prin plată ceea ce constituia obiectul derivat al obligației.

⁴ F. Zenati, *L'immatériel et les choses*, Archive de philosophie du droit nr. 43/1999, p. 80-95.

⁵ Creanțele *ad rem* și cele care se nasc din obligații de a da sunt evident doar un mijloc al creditorului de a accede la dobândirea proprietății asupra bunului asupra căruia poartă creanța.

Codul civil din 2011 ne arată că proprietatea, în special cea imobiliară, chiar dacă este ridicată în sens ideologic la o nouă dimensiune, securizată prin formalisme și formalități, nu mai păstrează ideea de bază a vechii reglementări, în care orice operațiune juridică trebuia, *usque ad finem*, să ducă la dobândirea proprietății. În abordarea Codului civil, proprietatea rămâne dreptul absolut și exclusiv al persoanei de a exercita cele trei atribute asupra unui bun dar în care obligația nu mai este în mod necesar o modalitate de dobândire a proprietății; obligația are finalitatea de a fi executată asupra patrimoniului persoanei, iar ultima fază de executare a obligației, în cazul bunurilor imobile, este predarea bunului, respectiv înscrierea în cartea funciară. Transferul va opera, astfel, la predarea posesiei tabulare, cu efectul de naștere a dreptului real în patrimoniul celui care inițial fusese creditor. Dacă titlul de dobândire⁶, ca parte din raportul obligațional între înstrăinător și dobânditor va fi un titlu de creanță⁷, se poate aduce în discuție separarea dintre raportul obligațional și cel real, nu neapărat prin existența unei reguli scrise (legale sau doctrinare) ci prin efectul legăturii directe dintre persoană și bun, realizată prin tradițiune. Tradițiunea pare să capete noi valențe, iar predarea posesiei bunului pare să nu mai țină de faza de executare a contractului, ci chiar de momentul formării contractului, ca o condiție de validitate a însăși operațiunii de transfer de proprietate. Și pentru că dreptul de proprietate este, în sine, o reglementare normativă care asigură tranșarea conflictelor cu privire la dreptul de exercitare exclusivă a posesiei asupra unui bun și dreptul de a transmite această posesie exclusivă pe baza acordului

⁶ Șt. Laday, *Codul Civil Austriac*, Ed. Tipografia Fondul Cărților Funduare, Cluj, 1924, p. 449.

⁷ Textul cel mai relevant al noului Cod civil în materie de proprietate imobiliară, art. 885 C.civ., ne spune că proprietatea se transmite atât între părți cât și față de terți, doar prin înscrierea în cartea funciară.

liber⁸, posesia ca element de drept trebuie să-și capete locul meritat în dobândirea proprietății⁹.

Față de cele de mai sus vom cerceta: sensul noțiunii juridice a proprietății (1), posesia ca element component al dreptului de proprietate în cardul regulilor de carte de carte funciară (2) și tradițiunea bunului, prin predarea posesiei tabulare în transferurile de imobile *a domino* (3).

1 Dreptul de proprietate este un drept subiectiv.

Codul civil francez urmărea tripticul lui Gaius: persoane, bunuri și acțiuni. Spiritul Luminilor a dus la scoaterea în evidență a interesului personal și prin aceasta la percepția subiectivă a dreptului. Cartea a III-a a Codului civil francez este denumită „*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*” în care sunt reglementate atât modurile de dobândire a proprietății, între vii și pentru cauză de moarte, obligațiile cât și contractele, mai puțin garanțiile¹⁰. Codul civil francez a suferit critici în epocă din cauza lipsei metodei după care a fost construit, apreciindu-se că nu a abordat o metodă științifică. Diviziunea în trei cărți din care ultima „despre diferite moduri de a dobândi proprietatea” nu este conformă metodei științifice deoarece conține materii diferite și disparate¹¹. O altă critică adusă codului

⁸ H. H. Hope, *Teoria socialismului și capitalismului*, 2010, <https://mises.ro/files/hoppesocialismcapitalismro.pdf>.

⁹ G. Pignarre, *A la redécouverte de l'obligation de praestare. Pour une relecture de quelques articles du code civil*, RTDciv. Nr. 1/2001, p. 49 „... posesia are intenția să devină imediat proprietate.”.

¹⁰ F. Zenati-Casting, *La propriété, mécanisme fondamental du droit*, RTDciv. 3/2006, p. 445.

¹¹ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ed. All Beck, București, 2002, vol.I, p. 24.

civil a fost lipsa publicității transmisiunilor imobiliare și regimului ipotecar¹². În ansamblul său însă, „se distinge prin limpezimea concepției, claritatea expresiei și sobrietatea limbii, calități esențiale pentru o bună operă legislativă”¹³.

Codul civil român vechi, redactat după modelul Codului civil francez, a sintetizat și mai mult, după Cartea I-a „Despre persoane” și Cartea a II-a „Despre bunuri și despre osebitele modificări ale proprietății”, care reglementa bunurile și drepturile reale ce poartă asupra acestora, a inclus Cartea a III-a „Despre diferitele moduri de prin care se dobândește proprietatea”, care cuprindea întreaga materie a obligațiilor, contractele, garanțiile și prescripția. Abordarea proprietății vine astfel din spațiul juridic francez și are semnificația evidentă, reliefată și de structura Codului civil român vechi, că proprietatea este în fapt legătura dintre persoane și bunuri, fiind (și) scopul oricărui raport juridic. Orice discuție despre fundamentul abstract al proprietății este inutilă, proprietatea reprezentând un fenomen natural, iar faptul că a existat întotdeauna, „la toate popoarele și în toate vremurile, dovedește că rădăcinile ei pornesc din însăși structura organică a societății umane”¹⁴. Noțiunea tehnică de proprietate este una proteiformă - prima formă se referă la bun, a doua la drept și a treia este cea care structurează persoana, adică ceea ce este propriu persoanei¹⁵.

¹² Idem, p. 25.

¹³ Pe de altă parte Codul civil german (BGB) a fost apreciat pentru metoda științifică, plan riguros și logic, precizia termenilor și definiții exacte. Criticile veneau din lipsa de claritate a termenilor și limbajul prea tehnic și specializat, care crește obscuritatea. A se vedea: C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat...Vol. I*, p. 7-8.

¹⁴ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, Ed. All, București, 1998, vol.II, p. 7.

¹⁵ F. Zenati-Casting, *La propriété...*, p. 448.

1.1 Proprietatea ca drept

În dreptul roman proprietatea era considerată *plena in re postestas*, stăpânire absolută asupra unui lucru, adică dreptul real prin excelență, *dominium*¹⁶. La Iustinian proprietatea se numea *dominium, plena in re potestas* „Cum autem finitus fuerit ususfructus reuertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam habere in re potestatem”¹⁷. Proprietatea romană s-a fondat pe posesie, iar în acțiunea de revendicare a bunului în justiție, cel care revendica, afirma că posedă lucrul, că este al său „*meum esse*”¹⁸. Juriștii medievali au transformat *dominium* în proprietate, ca drept subiectiv și mai apoi doctrina franceză a încercat să evite termenul de *dominium* pentru a rupe tradiția cu vechile domenii senioriale¹⁹. În dreptul modern s-a spus că proprietatea ar trebui să fie plasată, în împărțirea lui Gaius și a lui Iustinian, în categoria bunurilor incorporeale, ca drept, iar nu în categoria bunurilor corporale²⁰. Batolus de Saxoferato²¹ a definit proprietatea ca fiind „dreptul de a dispune complet de

¹⁶ Vl. Hanga, M. D. Bob, *Curs de drept privat roman*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p.166;.

¹⁷ *Iustiniani Institutiones-Instituțiile lui Iustinian*, trad. V. Hanga, M.D. Bob, Ed. Universul Juridic, București, 2008, (2, 4.4), p. 120.

¹⁸ F. Zenati, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTDciv, nr. 2/1993, p. 314.

¹⁹ F. Zenati-Casting, *La propriété...*, p. 452.

²⁰ Vl. Hanga, M. D. Bob, *op.cit.*, p.183; M. Planiol, G. Ripert, *Droit civil*, L.G.D.J, Paris, 1928, p.709; J. Macqueron, *Histoire des Obligations. Le droit romain*, Ed. Faculté de Droit et de Science Politique, Aix-en-Provence, 1971, p. 123.

²¹ „Bartolus of Saxoferrato, Italian Bartolo da Sassoferrato, (born 1313/14, Sassoferrato, Papal States [Italy]—died 1357, Perugia[Italy]), lawyer, law teacher at Perugia, and chief among the postglossators, or commentators, a group of northern Italian jurists who, from the mid-14th century, wrote on the Roman (civil) law. Their predecessors, the glossators, had worked at Bologna from about 1125”.

un bun fără altă constrângere decât ceea ce este prohibit de lege”, caracterizare care, în opinia lui Zenati²², este echivalentul lui *plena in re potestas*. Prin definiția dată în secolul al XVI-lea „*dominium est jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*”²³ proprietatea devine un drept subiectiv²⁴, redus la utilitățile pe care le are, pentru a se distinge de prerogativele acordate posesorului lucrului altuia²⁵. *Abusus* era întotdeauna considerat ca fiind rezervat proprietarului²⁶.

Dreptul de proprietate feudal cunoștea două tipuri de relații asupra aceluiasi bun, stabilindu-se în același timp două tipuri de proprietate: proprietatea care aparținea suveranului (eminentă) și proprietatea care aparținea vasalului (eficientă), aceasta din urmă fiind cea care se exercita în contactul direct cu bunul²⁷. Acesta a fost motivul pentru care dreptul revoluționar a vrut să transforme proprietatea într-un drept subiectiv „sacru și inviolabil”, astfel cum este înscris în Declarația franceză din 1789. Afirmăm că, prin transformarea proprietății într-un drept subiectiv, modern, s-a urmărit crearea independenței juridice a proprietarului, care poate dispune

<https://www.britannica.com/biography/Bartolus-of-Saxoferrato>.

²² F. Zenati, *Pour une rénovation ...*, p. 313.

²³ F. Zenati-Casting, *La propriété ...*, p. 449.

²⁴ Pentru o analiză a dreptului subiectiv de proprietate în opoziție, sau în legătură cu teoriile proprietății asupra creanțelor a se vedea: A. Buciuman, *Există un regim „real” al creanțelor?*, în R.R.D.P. nr.3/2017, p.91.

²⁵ F. Zenati-Casting, *La propriété ...*, p. 449.

²⁶ F. Zenati, *Pour une rénovation ...*, p. 314.

²⁷ P. Vasilescu : *L'évolution de la propriété: le cas du droit roumain moderne*, în M. Stolleis (Hg.), *Konflikt un Koexistenz. Die Rechtsordnungen Südosteuropas im 19. und 20 Jahrhundert. Band I, Rumänien, Bulgarien, Griechenland*, Ed. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2015, p. 647. Proprietatea eficientă era un fel de concesiune asupra bunului care era acordată titularul eminent.

liber de bunurile sale fără a cere autorizarea nimănui. Această autonomie a proprietarului se concentrează pe dreptul de dispoziție (*abusus*)²⁸.

Teoreticienii personalismului au bulversat constructele cele mai fundamentale ale dreptului privat pornind de la ideea că obligația este atomul dreptului, arătând că proprietatea nu poate să fie decât o legătură între persoane, iar nu o putere asupra unui lucru²⁹. Proprietatea înseamnă astăzi procedeul prin care ordinea juridică permite unei persoane să impună oricui o relație privată cu lucrul, și protecția acestei relații³⁰. Proprietatea văzută ca drept real, se deosebește de creanțe prin faptul că „reprezintă o situație statică, un scop și nu un mijloc”³¹.

Încadrarea sugerată de Planiol în categoria drepturilor este posibilă, pornind de la perspectiva valențelor subiective pe care le are dreptul de proprietate, provenite din calitatea pe care o are lucrul de a fi propriu³². În reglementarea Codului civil român, care face distincția clară între bun/lucru și dreptul care poartă asupra bunului, este evidentă plasarea proprietății în categoria drepturilor. Dacă *dominium* la romani reprezenta legătura indisolubilă dintre persoană și bun, o legătură de putere, prin dezvoltarea teoriilor personaliste s-a estompat această legătură, iar proprietatea se

²⁸ Idem, p. 654, 661: „Independența proprietății moderne se concentrează pe *abusus*, proprietarul fiind singurul care poate decide soarta juridică a bunului său.”.

²⁹ F. Zenati, *Pour une rénovation ...*, p. 314 Autorul critică teoria personalistă care s-ar referi la puterea proprietarului de a retrage bunul de la o anumită utilitate, „printr-un soi de obligație pasivă universală”.

³⁰ Idem, p. 315.

³¹ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 201.

³² F. Zenati-Casting, *La propriété...*, p. 448., conceptul de *proprietas* exprimă calitatea pe care o are lucrul de a fi propriu, la fel cum *salubritas* desemnează calitatea lucrului de a fi curat sau *fructus* cea de a produce fructe”.

înfățișează ca un drept subiectiv, legat de personalitate și patrimoniu. În prezent dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale sunt drepturi subiective civile, cu toate consecințele pe care le are această clasificare³³. Economic, dreptul de proprietate constă în extragerea tuturor utilităților asupra bunului, în fapt reflexia noțiunii de "*plena in re potestas*", stăpânirea deplină asupra lucrului³⁴.

Prin urmare, caracterele juridice ale dreptului de proprietate își trag sensul din ideea de libertate de a dispune de bun, dar care este caracteristică și drepturilor de creanță, dar și stăpânirea de fapt asupra bunului, care-i permite proprietarului să dispună de bunul său, în ce formă dorește: dispoziție, distrugere, abandon.

Proprietatea este un drept subiectiv, iar prin apartenența în cardul mai larg al drepturilor subiective, este strâns legată de ideea de personalitate; dreptul de proprietate fiind încorporat în personalitate și în patrimoniul persoanei. Proprietatea nu se reduce astfel la prerogativele pe care le avem asupra bunurilor, ci se bazează pe „statutul persoanei și activitatea juridică”³⁵.

1.2 Proprietatea patrimoniu, personalitate juridică.

Deși în vechiul Cod civil patrimoniul nu era definit³⁶, actualul Cod definește patrimoniul la art. 31 alin.1, ca fiind totalitatea drepturilor și

³³ G. Boroi, C.A. Angheliescu, *Curs de drept civil. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 58, 61; Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, Ed. Șansa, București, 1993, p. 74, E. Lupan, *Drept civil. Partea generală*, Cluj-Napoca, 1995, p. 79, O. Ungureanu, *Drept civil. Introducere*, Ed. Rosetti, București, 2005, p. 63.

³⁴ F. Zenati-Casting, *La propriété...*, p. 448.

³⁵ Idem, p. 446.

³⁶ Noțiunea de patrimoniu nu avea o definiție clară în vechiul Cod civil, dar s-a arătat că „un rudiment de definiție totuși poate fi sesizat în 1718 C.civ.” (vechiul C.civ.-n.n.)

datoriilor ce pot fi evaluate în bani, care aparțin oricărei persoane fizice sau juridice³⁷.

În literatură s-a arătat că patrimoniul este o realitate abstractă, iar elementele care o compun sunt drepturi și obligații patrimoniale, văzute ca elemente intelectuale, iar nu bunuri în materialitatea lor³⁸. Se aduce următorul argument: dacă am admite că în cuprinsul patrimoniului intră și drepturile și obiectul asupra cărora acestea poartă, valoarea patrimoniului s-ar dubla³⁹. În literatura, în special cea franceză, s-au emis opinii divergente privind elementele care formează masa patrimonială a unei persoane. Într-o opinie, care exclude din definirea proprietății orice legătură între persoană și lucru⁴⁰, se arată că proprietatea nu trebuie să figureze alături de alte bunuri în patrimoniu, pentru că dreptul de proprietate „marchează relația de apartenență între persoană și toate bunurile din patrimoniu”⁴¹. Pe de altă parte dreptul de proprietate este considerat ca legătură dintre persoane, iar o

„oricine este obligat personal este ținut de a îndeplini îndatoririle sale cu toate bunurile sale mobile și imobile, prezente și viitoare.” L. Pop, M.-L. Harosa, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, 2006, p. 12.

³⁷ Patrimoniul se leagă indisolubil de personalitatea juridică. „Această concepție a patrimoniului a fost emisă de Zachariae și apoi de cunoscuții autori Aubry și Rau, în tratatul lor de drept civil ca o consecință a ideii de personalitate. Patrimoniul în acest înțeles poate să fie la un moment dat activ sau pasiv. Activ este dacă din punct de vedere economic pasivul este mai mic decât activul, iar pasiv este în cazul invers.” M. Djuvara, *op.cit.*, p. 210; A se vedea: . Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil Français d'après la méthode de Zachariae*, Ed. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris 1869, p. 3 - „L'ensemble des biens d'une personne constitue son patrimoine.”

³⁸ I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 4.

³⁹ V. Stoica, *Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 8.

⁴⁰ M. Fabre-Magnan, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTDciv, nr. 3/1997, p. 584.

⁴¹ Idem, p. 601.

legătură, nu poate fi un bun⁴². De aceea, în patrimoniu nu ar exista nici drepturi reale, nici drepturi personale, ci doar „produsul potențial, rezultatul așteptat al exercițiului acestor drepturi”⁴³, iar proprietatea este o putere juridic protejată a unei persoane asupra activului patrimonial și asupra tuturor bunurilor care îl conțin⁴⁴.

Într-o altă opinie, se explică patrimoniul prin trecerea de la executarea personală la executarea bunurilor. În aceste teorii se modifică complet concepția de obligație⁴⁵. Dreptul creditorului dobândește o conotație esențial patrimonială, și poate fi considerat ca un drept nu asupra persoanei, ci asupra bunurilor, fără ca aceasta să-l facă un drept real *stricto sensu*, nefiind atașat în mod necesar unui bun individual determinat⁴⁶. Obligația nu apare astfel ca un drept real *sui-generis* asupra patrimoniului debitorului, ci ca o garanție, ca o completare a angajamentului personal, care antrenează o pluralitate de bunuri, dar asta nu face ca obligația să fie *propter rem*⁴⁷.

⁴² Ibidem. „dreptul este întotdeauna o legătură între persoane și nu poți spune că ești proprietar asupra legăturii, a relației, ci doar a bunului, adică a obiectului de valoare care rezultă”.

⁴³ Idem, p. 604.

⁴⁴ Idem, p. 605.

⁴⁵ F. Cohet-Cordey, *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, RTDciv nr. 4/1996, p. 833.

⁴⁶ Ibidem. Autoarea îl citează pe E. Gaudement, *Etude sur le transport de dettes a titre particulier*, th. Dijon, 1898, care arată că „Dreptul personal nu mai este un drept asupra persoanei ci un drept asupra bunurilor: *jus ad rem*.”.

⁴⁷ F. Cohet-Cordey, *op.cit.*, p. 833. Obligațiile reale, *scriptae in rem* și *propter rem*, sunt admise ca o categorie intermediară între drepturile reale și drepturile de creanță. Ele sunt legate de stăpânirea unui anumit bun și se referă la anumite sarcini prevăzute expres de lege sau de acte juridice legate de acel bun. Exemplele date de doctrină cu privire la aceste obligații sunt obligația derivată din contractul de locațiune de a menține un contract încheiat anterior, care îi era opozabil, în cazul primelor, și

Delimitarea noțiunii de patrimoniu, ne interesează din mai multe perspective. Pe de o parte, ne interesează momentul la care un bun sau un drept este considerat de norma pozitivă ca făcând parte din patrimoniul unei persoane, iar pe de altă parte, este util a stabili dacă un anumit atribut al dreptului este de natura patrimoniului, în condițiile în care una din caracterele patrimoniului este „accesibilitatea la schimb”⁴⁸.

1.3 Proprietatea ca bun. Legătura dintre persoană și bun.

Raportul juridic este un raport social, alteritatea fiind de esența acestui raport, adică existența unei alte persoane⁴⁹.

Remarcând forța explicativă a conceptului de obligație în teoria dreptului, dar și specificul acestui concept în cadrul problematicii raportului juridic, Djuvara spunea că ideea de obligație ne poate ajuta să construim tot dreptul⁵⁰. Există cel puțin două persoane libere și un obiect al obligației, iar persoanele intră în contact între ele, activitatea unuia având ca limită obligația sa, și activitatea celeilalte are însăși ca limită dreptul celei dintâi⁵¹. Cu privire la obiectul raportului juridic, acesta este rezultatul realizării drepturilor și obligațiilor, nefiind de confundat cu lucrul material implicat în

anumite sarcini ale proprietății, în cazul secundelor. A se vedea: L. Pop, M.-L. Harosa, *op.cit.*, p. 38-49.

⁴⁸ A. Seriaux, *La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, RTDciv Nr. 4/1994, p. 803.

⁴⁹ I. Ceterchi, I. Craiovan, *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 70.

⁵⁰ Idem, p. 196.

⁵¹ Idem, p. 213. „Din cele ce s-au explicat se știe că toate relațiile juridice se reduc în ultimă analiză la o relație tip, care este dreptul de creanță, întrucât drepturile reale se rezolvă și ele într-o sumă foarte mare de drepturi de creanță, de obligații. Întreg dreptul se construiește astfel din obligații, ca cel mai simplu element al său.”.

raportul juridic. Lucrul material este considerat obiect extern al raportului juridic, de esența raportului juridic rămânând conduita persoanelor⁵².

Dreptul civil organizează situațiile juridice dintre persoane cu privire la bunurile lor, și modalitatea de transfer a bunurilor, iar raportul juridic civil se bazează, conform majorității doctrinei⁵³, pe trei caractere: caracterul social, caracterul volițional⁵⁴ și poziția de egalitate a părților. Dar dincolo de raportul juridic social există un raport de legătură între persoană și bun⁵⁵. Acest raport nu este unul social ci se referă la percepția internă și externă a persoanei asupra bunului său⁵⁶. În epoca veche romanii considerau că bunul schimba stăpânul, iar nu stăpânul primește bunul⁵⁷. În teoria lui Hegel privind

⁵² Idem, p. 74.

⁵³ Gh. Beleiu, *op.cit.*, p. 63, E. Lupan, *op.cit.*, p. 64-65, O. Ungureanu, p. 56-57. Caracterul social ca raport între persoane înseamnă că raportul juridic civil reglementează relațiile între persoane și între persoane cu privire la bunuri.

⁵⁴ În raportul juridic civil, alături de elementele voliționale care duc la nașterea, modificarea sau stingerea unui drept subiectiv prin contract se regăsesc și alte acțiuni sau fenomene naturale cărora dreptul civil le dă eficiență juridică - I. Reghini, Ș. Diaconescu, P. Vasilescu, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 63. .

⁵⁵ L. Pop, M.-L. Harosa, *op.cit.*, p. 32 „Pe plan intern, dreptului real este o relație juridică directă și imediată între o persoană (titularul dreptului) și un lucru (obiectul dreptului) fără medierea unei terțe persoane.”; F. Zenati, *Pour une rénovation...*, p. 308. „Glosatorii considerau că orice revendicare se întemeiază pe o putere fondată de deținător pe un *dominium* originar.” Romanii nu revendicau proprietatea propriului drept ci proprietatea bunului. Tot glosatorii au fost cei care au remediat situația prin fuzionarea *dominium* cu *ius in re*. A se vedea și F. Zenati-Casting, *La propriété...*, p. 451.

⁵⁶ F. Zenati, *Pour une rénovation...*, p. 308.

⁵⁷ S. Ginossar, *Droit réel propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Ed. L.G.D.J., Paris, 1960, p. 44, nota 77 : „În epoca lui Cicero *dominium* nu era recunoscut. Se considera că lucrul schimba proprietarul, înainte de a admite că proprietate asupra locului era în același timp transferată. În dreptul roman clasic, proprietatea *dominium* nu era considerată ca *ius* cu atât mai mult ca *ius*

proprietatea se pornește de la structura termenului care desemnează lucrul, obiectul. În limba germană obiectul este desemnat prin cuvântul *Gegenstand*, adică ceva care mi se opune, care îmi stă împotriva, iar eu prin voința mea îl iau în stăpânirea mea, pentru că îmi opune rezistență și pentru că obiectul nu are voință. Voința singură nu este însă suficientă pentru a forma proprietate, voința trebuie să se exteriorizeze, căci forma subiectivității trebuie să se transforme în obiectivitate, adică în posesia reală asupra lucrului.⁵⁸

Legătura între persoană și bun se poate reduce la următoarele raporturi de bază, împărțite în două categorii: a) relații externe (a nu avea, a primi, a avea, a da) și b) relații interne (a păstra, a nu râvni, a renunța, a râvni)⁵⁹. Unele sunt statice: a avea sau a nu avea, sau a păstra și a nu râvni, iar celelalte sunt dinamice: a da, a primi, a renunța și a râvni. Prin aceste legături dintre persoană și bun⁶⁰ se poate defini proprietatea, care ilustrează exact

in re, în sensul tehnic utilizat în raport cu drepturile reale moderne. La glosatori găsim numeroase exemple în care termenul *dominium* este sinonim cu dreptul subiectiv în general, acesta fiind și semnificația dată de Bartolus de Saxoferrato. Diviziunea romană în bunuri corporale și incorporale reprezintă în fapt elemente de patrimoniu, astfel că sunt trei categorii de bunuri: proprietate, drepturi reale și drepturi de creanță”.

⁵⁸ G. W. F. Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, Ed. Iri, București, 1996, p. 70.

⁵⁹ M. Werder, *Eigentum und Verfassungswandel, Untersuchung der anthropologischen Bedingtheit der Eigentumsordnung und ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung*, Ed. Verlag Rüegger, Diessenhofen, 1978, p. 153.

⁶⁰ M. Djuvara, *op. cit.*, p.198 „Diviziunea bunurilor în corporale și incorporale, astfel înțeleasă, deși comportă așadar de la început rezerve, a fost încă mai mult alterată de către jurisconsultii cei vechi. Ei au confundat corpul însuși, lucrul material, cu dreptul care se aplică asupra lui și au socotit ca bunuri corporale toate obiectele susceptibile de drept de proprietate. Când pot fi proprietar al unui lucru, atunci acel lucru este un bun corporal. El se poate atinge și se poate prinde cu organele noastre externe. De aceea, obiectul, care formează conținutul dreptului de proprietate, ar fi un bun corporal. În această concepție însă nu ne aflăm în fața unei diviziuni a bunurilor, ci a

legăturile persoanei cu bunul. În starea dinamică a acestor legături se vor găsi legăturile interpersonale, legăturile obligaționale prin care bunurile sunt transportate de la o persoană la alta. Aceste legături personale sunt drepturile, care nefiind decât abstracțiuni detașate de stăpânirea corporală, fizică asupra bunului, se află în sfera creanțelor.

Dreptul real este un drept pe care îl are o persoană asupra unui lucru⁶¹, o relație între o persoană și un lucru, adică folosința lucrului, fără ca alții să aibă vreo putere asupra acestuia⁶².

drepturilor; se face o categorie deosebită din dreptul de proprietate și, atunci când se descriu bunurile corporale, se descrie în realitate dreptul de proprietate în unele din manifestațiunile sale. Proprietatea se caracterizează prin aceea că, în principiu, proprietarul este în drept să absoarbă toată activitatea economică a lucrului asupra căruia el este proprietar: poate să facă uz de lucrul acela, poate să-i culeagă fructele, poate să abuzeze, adică să dispună de el, fie să-l transmită, fie să-l distrugă, dacă vrea: *usus, fructus și abusus*, zic autorii clasici. Dacă este vorba așadar de proprietate, lucrul care este obiect al unui drept de proprietate nu mai poate fi obiect al unui alt drept al altcuiva.”.

⁶¹ Codul civil german (BGB) reduce proprietatea la bunuri corporale spre deosebire de codul civil francez unde proprietatea este descrisă ca un drept aplicat la un bun. F. Zenati, *Pour une renovation...*, p. 309. La germani proprietatea în sens civil este considerată stăpânirea persoanei asupra unui lucru, în limitee și cu perimiunea legii. Caracterele proprietății sunt definite detaliat de § 903 BGB „*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.*” Proprietarul unui bun poate, în măsura în care legea sau drepturile terților nu se opun, să se folosească de bun cum dorește și să-l excludă de la orice acțiune a altora. A se vedea: K. Vieweg, A. Werner, *Sachenrecht*, Ed. Franz Vahlen, München, 2013, p. 67.

⁶² A. Colin, H. Capitant, *Cours elementaire de droit civil fruncais*, Ed. Dalloz, Paris, 1923, p. 104-105. Ideea calificată ca fiind vulgară și superficială de teoriile personaliste. M. Planiol, G. Ripert, *op.cit.*, p.703. .

Proprietatea înseamnă astăzi, procedeul prin care ordinea juridică permite unei persoane să impună oricui, o relație privată pe care o are cu lucrul⁶³, și protecția acestei relații.

Chiar și în teoriile în care drepturile reale, asupra lucrului altuia, sunt considerate obligaționale, și în care se încearcă să se construiască o nouă structură a drepturilor reale, se admite că proprietatea este și va rămâne legătura persoanei cu lucrul. „Orientați de siguranța admirabilului lor instinct juridic, romanii au simțit că proprietatea diferă de toate celelalte drepturi și că absoarbe bunul asupra căruia poartă.”⁶⁴ Așadar, proprietatea bunurilor corporale este și rămâne o noțiune stabilă, care se exercită în limitele materiale ale bunului (art. 556 C. civ). Știm cum acest drept se manifestă în raport cu proprietarul și cu lucrul, având în vedere conținutul dreptului, posibilitatea de dezmembrare și noțiunea de posesie⁶⁵ și pe de altă parte cu terții, cărora li se impune respectarea dreptului, dar li se asigură și vizibilitatea dreptului. Legătura persoanei cu bunul este de esența dreptului de proprietate, cel puțin în cazul bunurilor imobile, care în diviziunea lui Gaius sunt lucruri *que tangi possunt*⁶⁶.

În dreptul german, obiectul proprietății este considerat lucrul în corporalitatea sa, delimitat în spațiu. Nu se poate vorbi de proprietate asupra creanțelor și drepturilor, ci de titularitate. O creanță sau un drept nu se transmit prin transfer (*Übereignung*) ci prin intermediul cesiunii

⁶³ Noțiunea de proprietate obiectivă a fost folosită de Duguit pentru a deconstrui dreptul subiectiv, acesta susținând că proprietatea nu este un drept ci un lucru. Romanii numeau proprietatea *iura in re propria*. A se vedea: F. Zenati, *La propriété* ..., p. 449.

⁶⁴ S. Ginossar, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

(*Abtretung*)⁶⁷. Regulele de funcționare ale proprietății, ca drept deplin de stăpânire, trebuie să aibă un cadru juridic clar, cu reguli precise, care urmăresc protejarea proprietății și a valorii economice a bunului⁶⁸.

Trebuie așadar să delimităm net dreptul de proprietate de celelalte bunuri, asupra cărora există o putere juridic protejată, iar această delimitare se face prin legătura persoanei cu bunul – „a avea” sau „a nu avea” lucrul (bunul) asupra căruia poartă dreptul. Dacă drepturile se detașează de obiectul asupra căruia poartă, vom avea dreptul de proprietate, static, în patrimoniul celui care are contactul cu bunul; dinamic, până la momentul la care se va stabili acea legătură *plena in re potestas*, admisă de dreptul pozitiv, vom avea drepturile de creanță⁶⁹. În viziunea patrimonială asupra angajamentului debitorului, nu ar trebui să se creeze niciun raport de drept cu privire la un bun determinat, doar dreptul de gaj general în care constă creanța, aceasta fiind produsul „afectării” unei mase de bunuri unei obligații⁷⁰. Dacă patrimoniul este atașat persoanei debitorului care se obligă, debitorul nu dispune de bun ci dispune de activul său⁷¹, iar proprietatea se va naște doar în momentul asigurării legăturii dintre persoană și bun.

Proprietatea privată este definită de Codul civil ca dreptul titularului de a „poseda, folosi și dispune” (*ius possidendi, ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*) de un bun în mod „exclusiv, absolut și perpetuu”, în limitele

⁶⁷ K. Vieweg, A. Werner, *op.cit.*, p. 68.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ În vechiul drept civil român exista și reglementarea tradițiunii bunului pentru formarea drepturilor reale. În Codul Calimach contractul nu era suficient pentru realizarea transferului de proprietate, fiind necesară pentru această finalitate și de tradițiunea lucrului, care putea fi efectivă sau simbolică. A se vedea: P. Vasilescu, *L'évolution de la propriété...*, p. 633-663.

⁷⁰ F. Zenati, *Pour une rénovation ...*, p. 319.

⁷¹ Ibidem.

stabilite de lege. În condițiile legii, dreptul de proprietate privată este susceptibil de modalități și dezmembrăminte, după caz (art.555 C. civ⁷²).

Deși proprietatea este definită ca un drept subiectiv, cu caracterele mai sus arătate, termenul este folosit cu multiple sensuri, referindu-se atât la drept cât și la bunul asupra căruia poartă, bun corporal sau incorporeal⁷³. Indiferent de modul cum privim proprietatea, ca drept subiectiv sau ca puterea pe care o exercită o persoană asupra unui lucru, trebuie să ne limităm în prezenta analiză, la atributele stabilite de lege drepturilor reale în general și proprietății în special.

Ne limităm analiza la proprietatea imobiliară care, în mod surprinzător, se diferențiază mult ca regim juridic și condiții de transfer de cea mobilă⁷⁴. Excluderea principiului consensualismului, formalismele și formalitatea înscrierii în cartea funciară, sunt doar câteva exemple care

⁷² Definiția proprietății este similară și în codurile de inspirație, fără însă a se face referire la caracterele exclusiv și perpetuu. „Art. 544 C.civ.fr. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”; „art.947 C.civ.Q. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.”.

⁷³ V. Stoica, *Drept civil...*, 2013, p. 93.

⁷⁴ Dreptul de proprietate asupra terenului a avut în etape diferite ale societății configurații diferite. A se vedea: N. Rouland, *L'anthropologie juridique*, Collection "Que sais-je?", nr. 2528, 1990, p. 20, "Ainsi, la propriété elle-même des fonds se trouva divisée entre les familles, plus tard entre les individus ; la propriété familiale était, d'ailleurs, parfois propriété individuelle : lorsqu'un chef de famille avait seul la propriété des biens du groupe. Propriété collective du clan, propriété familiale, propriété individuelle. Telles furent les étapes. Cette présentation possède un corollaire: celui qui oppose la conception civiliste originelle du droit de propriété, conçu comme imprescriptible, absolu, exclusif et perpétuel au droit foncier coutumier « archaïque », qui considérait la terre comme un bien immeuble sur lequel pèserait un droit collectif de propriété, la rendant inaliénable, et qualifiant les droits fonciers de temporaires, limités et relatifs.”.

crează o falie între proprietatea mobilă și cea imobiliară. Cartea funciară, pe lângă efectul de opozabilitate a actelor și situațiilor juridice referitoare la imobile sau de constituire a dreptului însuși, atât între părți cât și față de terți, produce (și) alte mutații în modalitatea de dobândire derivată a drepturilor reale. Mutațiile care se produc nu se referă doar la transferul prin acte juridice, ci și la distorsionarea însăși a configurației dreptului real. Prin regula instituită de art. 887 alin. 3 C. civ., care ne spune că nu se poate dispune de un drept tabular decât după înscriere, legea limitează dreptul de a dispune de bun, prin cartea funciară. Și pentru că nu sunt recunoscute de lege alte drepturi reale imobiliare decât drepturile tabulare, limitarea dreptului de a dispune de bun apare ca fiind o limitare a *abusus*.

Cu toate acestea credem că, prin regulile de carte funciară, limitarea dreptului de a dispune de un drept netabular este dat de limitarea posesiei asupra bunului, iar nu o limitare a dreptului de dispoziție (*abusus*). Prin faptul că legea admite existența unui drept real netabular, precum și posibilitatea titularului de a dispune de bun, chiar în afara cărții funciare, cartea funciară operează cu elementul posesiei din componența dreptului de proprietate. Dacă aceasta va fi situația la drepturile reale dobândite în afara sistemului, același element va fi important și în transferurile a domino. Dreptul real nu este transferat sau format, decât în momentul dobândirii posesiei tabulare, ca situație juridică care transpune posesia de fapt, având ca efect și asigurarea legăturii dintre persoană și bun.

2 Posesia ca element component al dreptului de proprietate în cadrul regulilor de carte de carte funciară

Dreptul de a poseda nu este identic cu posesia protejată juridic ci cu posesia „înțeleasă ca element juridic, respectiv ca prerogativă a dreptului de proprietate⁷⁵. Reprezentând apropierea bunului titularul trebuie să aibă reprezentarea intelectuală că posedă în calitate de proprietar⁷⁶. Posesia, văzută ca apropiere a bunului, exprimă cel mai bine caracterul privativ al dreptului de proprietate⁷⁷.

În literatura de specialitate s-a remarcat că în definirea „ca prerogativă a dreptului de proprietate, posesia nu se confundă cu starea de fapt a apropierii și stăpânirii unui bun, ci este exprimarea intelectuală a îndreptățirii apropierii și stăpânirii. Așadar, în acest înțeles, posesia este un element de drept, iar nu unul de fapt. În plus, obiectivarea, adică manifestarea exterioară a acestui element juridic nu acoperă întreaga arie de posesie ca stare de fapt; (...) posesia ca stare de fapt este obiectivarea tuturor prerogativelor proprietății, deci nu numai a posesiei ca element de drept, ci a folosinței și dispoziției”⁷⁸.

Din cele de mai sus, rezultă că posesia ca element al dreptului de proprietate este mai puțin decât posesia ca element de fapt protejată juridic⁷⁹,

⁷⁵ V. Stoica, *Drept civil ...2013*, p.101.

⁷⁶ C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 43.

⁷⁷ V. Stoica, *Drept civil ...2013*, p. 101.

⁷⁸ Idem, p. 102.

⁷⁹ ÎCCJ, s.civ., dec.civ.3837din 10.05.2005 „Posesia este o stare de fapt constând în deținerea în mode exclusiv a unui lucru și exercitarea asupra lui a unor fapte materiale de folosință asemănătoare celor îndeplinite de proprietar, ceea ce constituie

pentru că aceasta obiectivează prin sine și celelalte elemente ale proprietății - folosința și dispoziția. Posesia ca atribut al dreptului de proprietate este situația în care starea de fapt a posesiei se suprapune peste starea de drept, posesorul fiind însuși titularul dreptului de proprietate⁸⁰. Fiind o expresie pur intelectuală va conta în transferul dreptului prefigurarea dobândirii doar a posesiei de către contractant, sau a dobândirii unui „element de drept”; distincția este importantă atât la formarea drepturilor reale principale cât și la creanțe care transmit posesia bunului (locațiune, comodat, etc.).

Chiar dacă posesia este exercitată *in corpore alieno*⁸¹ se consideră că proprietarul își exercită posesia ca expresie intelectuală a apropiierii, deși stăpânirea efectivă a bunului este exercitată în numele și în interesul lui de o altă persoană⁸².

2.1 Posesia de fapt și posesia tabulară.

Dintr-un unghi patrimonial, posesia nu înseamnă că tot ce posezi este și în patrimoniul tău. Pentru ca posesia să aibă valoare patrimonială trebuie să fie însoțită și de un titlu juridic în baza căruia o persoană este îndreptățită să-și aproprieze un bun individual determinat⁸³. Legat de posesia asupra imobilelor s-a spus că diferența dintre mobile și imobile este dată nu de valoarea economică mai mare, pe care pot s-o aibă și bunurile mobile, ci de

elementul *corpus*, iar mobilul intențional al celui ce posedă, de a poseda pentru sine, ceea ce reprezintă *animus*.” în I. O. Călinescu, *Posesia și efectele sale juridice*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 25.

⁸⁰ C. Bîrsan, *op.cit.*, p. 43.

⁸¹ G. A. Likillimba, *La possession corpore alieno*, RTDciv, 1/2005, p.1-32.

⁸² G. Boroî, C. A. Anghelescu, B. Nazat, *Curs de drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 15.

⁸³ A. Seriaux, *op.cit.*, p. 810.

faptul că imobilele sunt mai patrimoniale, fiind caracterizate, alături de imobilitatea fizică, și de-o imobilitate juridică⁸⁴. În sistem de carte funciară, posesia are un rol covârșitor dacă este posesie tabulară⁸⁵.

Noțiunea de posesie tabulară dă o nouă configurație posesiei ca element al dreptului de proprietate. Titularul unui drept real care nu are posesia tabulară nu va fi limitat în exercitarea atributului posesiei asupra bunului (de fapt) ci în dreptul de dispoziție, care este atributul proprietarului. Ce este însă posesia tabulară?

Codul nu menționează posesia tabulară ca un element al dreptului de proprietate. În aceste circumstanțe trebuie să găsim o definiție a posesiei tabulare și mai mult, să vedem dacă posesia tabulară este o oglindă a stării de fapt, sau o situație juridică raportată la situația concretă a evidenței și transferurilor imobiliare.

Art. 919 C. civ. intitulat „Prezumția de posesie și prezumția de proprietate” ne spune la alin. (3) că posesorul este considerat proprietar, cu excepția imobilelor înscrise în cartea funciară, prin urmare, delimitează de cartea funciară posesia de fapt, și efectele juridice pe care aceasta poate să le producă.

Intervertirea precarității în posesie reglementată de art. 920 alin. (2) C. civ. face o referire la posesia tabulară, în strânsă legătură cu posesia de fapt: „În cazul imobilelor înscrise în cartea funciară, dobânditorul este de bună-credință dacă înscrie dreptul în folosul său întemeindu-se pe cuprinsul cărții funciare, în celelalte cazuri, este de bună-credință dobânditorul care nu cunoștea și nici nu trebuia, după împrejurări, să cunoască lipsa calității de

⁸⁴ Idem, p. 811.

⁸⁵ M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară, Vol. II, Noile cărți funciare*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 418.

proprietar a celui de la care a dobândit bunul”. Intervertirea precarității în posesie se referă, bineînțeles, la posesia de fapt, dar care se realizează prin dobândirea posesiei tabulare.

Din regulile stabilite de lege rezultă că, în cazul drepturilor tabulare nu mai poate exista o preluare a posesiei de bună-credință și intervertirea ei în posesie utilă, decât dacă se raportează la posesia tabulară. Conexiunea posesiei tabulare cu drepturile reale tabulare rezultă și din modalitățile de încetare a posesiei, în care se face echivalența între abandonarea bunului, pentru mobile, și înscrierea în cartea funciară a declarației de renunțare la dreptul de proprietate, pentru imobile. Cazul de încetare a posesiei prevăzut de art. 921 lit. f) C.civ. echivalează cu pierderea dreptului de proprietate, fiind o consecință a cazului de încetare a posesiei de la art. 921 lit. c). C.civ.

Prin urmare nicio posesie de fapt asupra unui bun imobil nu mai produce efecte juridice, decât dacă este înscrisă în cartea funciară. S-ar putea spune că posesia de fapt este valorificată de uzucapiunea extratabulară, dar și în acest caz, posesia tabulară nu trebuie să fie exercitată de nicio altă persoană. Pentru a putea să beneficieze de uzucapiunea extratabulară, posesia tabulară nu trebuie să fie exercitată de nimeni, fie pentru că persoana fizică a decedat, fie pentru că persoana juridică și-a încetat existența.

Dreptul german nu face distincția între posesie și detenție precară, de aceea posesia în cazul imobilelor nu poate fi decât tabulară. Posesia în dreptul german nu permite uzucapiunea extratabulară, doar o uzucapiune tabulară (*Buchersitzung*) adică o uzucapiune în cartea funciară (§ 900 BGB), dacă

titularul este înscris în cartea funciară timp de 30 de ani și are în plus posesia imobilului ⁸⁶.

În literatura veche s-a exprimat opinia că posesiunea tabulară nu există, căci „*prin posesiune înțelegem stăpânirea de fapt asupra lucrului, deținerea lui efectivă situația de a dispune fizicește de lucru*”⁸⁷. Faptul că dreptul de proprietate este înscris în cartea funciară nu se poate traduce în instituirea prin lege a unei posesii tabulare. Argumentul era dat de posesia efectivă pe care trebuia să o exercite asupra lucrului, în lipsa căreia titularul nu era considerat posesor, chiar fiind înscris în cartea funciară. Dacă lucrul se găsește în posesia de fapt a celui care este înscris, adică dacă este o confuziune între posesia de fapt și posesia tabulară, nu avem nevoie de ficțiunea posesiei tabulare, pentru că există o posesie fizică de fapt⁸⁸. Poziția autorului era în concordanță cu prevederile art. 1468 și art. 1497 din Codul civil general austriac (ABGB) care admitea existența posesiei de bună-credință de 30 de ani pentru dobândirea prin uzucapiune a dreptului. Dreptul dobândit prin uzucapiune era opozabil chiar și posesorului tabular, dacă acesta nu putea să facă dovada că a posedat în toată această perioadă bunul, pentru a întrerupe posesia uzucapantului. Dreptul se înscris astfel și împotriva proprietarului de carte funciară, posesor tabular⁸⁹.

⁸⁶ H.-A. Weinrich, M. Ivo, J.-O. Lenschow, *Grunstücksrecht. Systematik und Praxis des materiellen und formellen Grunstücksrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 2015, p. 33.

⁸⁷ Șt. Laday, *Cărțile funduare*, Institutul de Arte Grafice „Cultura” Cluj, 1927, p. 222.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

Posesia tabulară este în actuala reglementare o situație (juridică) de care nu putem face abstracție⁹⁰. Efectele posesiei tabulare sunt prezente în urmărirea întregului mecanism al cărții funciare, și în corecta aplicare a regulilor acestuia. Posesia tabulară a fost identificată ca absolut necesară în aplicarea principiului publicității materiale: „Pentru a opera principiul publicității este suficient, așadar, să existe o aparență de proprietar sau de titular al altui drept real în folosul celui înscris în cartea funciară, care poate fi numită convențional «posesiune de carte funciară» sau «posesiune tabulară», adică simplul fapt de a fi înscris ca titular al dreptului tabular (înscris în cartea funciară), și care este astfel în măsură să fondeze buna-credință a terțului subachizitor (...)”⁹¹. Posesia tabulară nu are doar rolul aparenței⁹² ci și rolul transpunerii juridice a posesiei de fapt, care în transferurile a domino, completează actul juridic în procesul transferului de proprietate, devenind o situație juridică.

⁹⁰ G. Iro, *Sachenrecht, Bürgerliches Recht Band IV*, Ed. Verlag Österreich, Wien, 2016, p. 46 „*Sachbesitz und Rechtsbesitz werden auch unter dem Oberbegriff Naturalbesitz zusammengefasst, da hierfür die Ausübung der Gewahrsame «in natura» erforderlich ist. Diesem wird der Tabularbesitz (Buchbesitz) gegenübergestellt, welcher durch Eintragung im Grundbuch entsteht, uz unabhängig davon, ob diese Eintragung materiellrechtlich wirksam ist. Damit dem Buchbesitz allein keine tatsächliche Verfügungsmacht über das Grundstück verbunden ist, genießt er keinen Besitzschutz. In der Regel werden aber Natural- und Tabularbesitz in einer Person vereinigt sein.*”.

⁹¹ M. Nicolae, *Tratat...*, vol. II., p. 418; I. Sfredian, *op.cit.*, p. 734.

⁹² Pentru abordarea posesiei tabulare ca aparență juridică a se vedea: M. David, *Eseu asupra cunoașterii în dreptul civil. Aparență. Opozabilitate. Formalism. Publicitate*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 417-418.

Posesia tabulară⁹³ este considerată elementul esențial în utilizarea sistemului de carte funciară, pentru că în lipsa înscrierii nu este vizibil⁹⁴ dreptul real. Ori pentru a-l face vizibil este nevoie de îndeplinirea formalității de publicitate⁹⁵. În dreptul german, în comentariile la *Grundbuchgesetz* din 1872 s-a ridicat întrebarea în ce măsură sistemul german de transfer al proprietății prin *Auflassung*, care se aseamăna cu transferul *solo consensu*, este compatibil cu proprietatea tabulară. Modalitatea de transfer din *Allgemeines Landrecht* era conformă teoriilor *titulus* și *modus*, prin existența obligației de predare (*Ubergabe*) atât la bunuri mobile cât și la imobile. S-a găsit o modalitate de rezolvare a situației, printr-o cale de mijloc, considerându-se că există două feluri de proprietate: proprietatea naturală (*geschaffene natürliche Eigentum*) a celui care primește posesia prin tradițiunea fizică a imobilului, și o proprietate civilă (*bürgerlichen Eigentum*) a celui care este înscris în cartea funciară ca proprietar, pentru că *Allgemeines Recht* îi recunoștea transferul și celui care urma procedura modului de dobândire prin tradițiune⁹⁶. Ulterior s-a tranșat în favoarea celui care are posesia tabulară și prin urmare și proprietatea asupra bunului, iar

⁹³ W. Bahlmann, *Das preußische Grundbuchrecht : die Gesetze vom 5 Mai 1872*, Ed. Verlag von Franz Vahlen, Berlin, 1872, p. 21-22.

⁹⁴ În doctrina germană se vorbește de *Erkennbarkeit, Sichtbarkeit, Wahrnehmbarkeit*, sintagme care se traduc prin vizibilitate, perceptibilitate. A se vedea K. Vieweg, A. Werner, *op. cit.*, p. 5., S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, p. 74.

⁹⁵ W. Bahlmann, *op.cit.*, p. 16, 21.

⁹⁶ Idem, p. 16, 21.

predarea posesiei tabulare se considera titlul posesoriu⁹⁷. Posesia tabulară se pierde prin radierea din cartea funciară și înscrierea unei alte persoane⁹⁸.

Importanța posesiei tabulare în dobândirea drepturilor tabulare este evidențiată și de regulile formative ale sistemului de cartea funciară. Ca sistem suprapus, adăugat, sistemul de carte funciară trebuie să reseteze vechile realități juridice pentru o dezvoltare coerentă. Resetarea sistemului, fiind un sistem real de publicitate, se face pornind de la imobil, iar elementul posesiei va fi unul determinant în dobândirea dreptului, fără titlu. Aceste situații sunt cele prevăzute de Legea nr. 7/1996, cu privire la înscrierea în cartea funciară a posesiei, cu efectul de dobândire a proprietății tabulare. Posesia de fapt se transformă în posesie tabulară, devenind proprietate, cu sprijinul sistemului de carte funciară. Legea⁹⁹ admite, în cazul proprietății private, pentru persoanele care nu au un titlu de proprietate pentru imobile neînscrise în cartea funciară sau înscrise în cărțile funciare reglementate de Decretul-Lege nr. 115/1938, să-și noteze posesia, dacă nu s-au efectuat înscrieri în ultimii 30 de ani anteriori intrării în vigoare a Legii nr. 287/2009 (adică 01.11.2011), dacă îndeplinește anumite condiții.

Condițiile sunt enumerate în alin. 2 al textului de lege (art. 41) și se referă la dovezi eliberate de autoritățile administrației publice locale, în sensul că imobilul nu face parte din domeniul public sau privat al statului sau

⁹⁷ Idem, p. 22. „(...) *das vielmehr die Einwilligung des Verkäufers genüge, den titulus possessionis für den neuen Erwerber mit der Wirkung einzutragen, das derselbe als vollständiger Eigenthümer anzunehmen*”.

⁹⁸ G. Iro, *Sachenrecht...2016*, p. 35 „*Der Tabularbesitz endet durch Löschung der verbücherten Rechtsposition im Grundbuch oder durch Eintragung eines anderen als neuen Berechtigten*”.

⁹⁹ art. 41 din Legea nr. 7/1996 în forma aplicabilă începând cu 26 iulie 2018 și în prezent.

unităților administrativ teritoriale. Ceea ce ni se pare deosebit de important la textul de lege arătat mai sus se referă la incidența prevederilor legale cu privire la uzucapiunea de lungă durată prevăzută de Codul civil vechi.

Identificarea limitelor imobilului se face în baza unei documentații cadastrale, întocmită în conformitate cu prevederile Regulamentului aprobat prin Ordinul 700/2014 ANCPI, care trebuie însoțită de o serie de documente care să certifice posesia neechivocă.

Unul din documentele solicitate este o adeverință eliberată de primăria în a cărei rază teritorială este situat imobilul. Ceea ce trebuie să certifice deliberativul unității administrativ teritoriale este faptul că „posesorul a plătit taxele și impozitele locale ca un adevărat proprietar” și că „imobilul nu face parte din domeniul public sau nu a fost înscris în evidențe, ca fiind în domeniul privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale”.

Cel două condiții ale legii contrazic întreaga construcție, care a dus la necesitatea reglementării situației tabulare a imobilelor cu privire la care nu s-a soluționat restituirea proprietății. De ce spunem că aceste condiții contrazic întreaga construcție a legii? Trebuie să pornim de la ipoteza că legiuitorul a urmărit să dea eficiență vechilor reguli privind prescripția achizitivă reglementată de Codul civil vechi, în ciuda aplicării diferențiate a legislației în zonele în care imobilele erau înscrise în cărți funciare, sau în zone în care nu erau înscrise în nicio carte funciară.

În primul rând trebuie să facem niște precizări suplimentare. În privința uzucapiunii în zonele în care se aplica Decretul-Lege nr. 115/1938, s-a pronunțat Decizia nr. 86/2007 a Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁰⁰, care a

¹⁰⁰ Decizia nr. 86/2007 privind examinarea recursului în interesul legii, declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, cu

statuat că nu se aplică decât regulile uzucapiunii extratabulare prevăzute în decret, dacă posesia a început sub imperiul acestei legi, sau o situație asimilată, dacă imobilele sunt înscrise în cărțile funciare deschise în baza Decretului-Lege nr. 115/1938. O condiție, care va fi greu de îndeplinit, este dată de cerința ca asupra imobilului să se fi plătit impozitele în această perioadă de timp. Plata impozitelor putea fi făcută, în conformitate cu prevederile Codului fiscal, numai de proprietarul terenului. Regulile generale prevăzute de art. 256 C. fiscal¹⁰¹, privind impozitul pe teren arată că „(1) Orice persoană care are în proprietate teren situat în România datorează pentru acesta un impozit anual, exceptând cazurile în care în prezentul titlu se prevede altfel. (2) Impozitul prevăzut la alin. (1), denumit în continuare impozit pe teren, se plătește la bugetul local al unității administrativ-teritoriale în raza căreia este situat terenul”.

Prin urmare, numai proprietarul terenului trebuie/poate să achite impozitul către autoritățile locale. Art. 256 alin. (3) C. fiscal „În cazul unui teren, aflat în administrarea sau în folosința, după caz, a altei persoane și pentru care se datorează chirie/arendă în baza unui contract de închiriere/arendare, impozitul pe teren se datorează de către proprietar. Așadar puține vor fi posesiunile care vor îndeplini această condiție.

Care ar fi rațiunea pentru care textul de lege impune ca imobilul să nu fie proprietatea privată a statului? Dacă numai proprietatea publică este

privire la dispozițiile legale aplicabile în cazul acțiunilor care au ca obiect constatarea dobândirii dreptului de proprietate prin uzucapiune în teritoriile în care s-au aplicat prevederile Decretului-lege nr. 115/1938 pentru unificarea dispozițiilor privitoare la cărțile funciare, în materia prescripțiilor achizitive împlinite după intrarea în vigoare a Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996.

¹⁰¹ Ne referim aici la Codul Fiscal din 2003 - Legea nr. 571/2003, publicată în M.of. 927 din 23.12.2003, act ieșit din vigoare în prezent.

inalienabilă, insesizabilă și imprescriptibilă, nu vedem rațiunea pentru care un teren din proprietatea privată a statului nu are același regim ca orice alt teren aflat în proprietate privată, și care poate face obiectul uzucapiunii, fie că este o formă de uzucapiune reglementată de legile de la data la care a început posesia, fie de o excepție, astfel cum face Legea nr. 7/1996.

Conform art. 4 din Legea nr. 213/1998 „domeniul privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale este alcătuit din bunuri aflate în proprietatea lor și care nu fac parte din domeniul public. Asupra acestor bunuri statul sau unitățile administrativ-teritoriale au drept de proprietate privată.”

În sensul prevederilor art. 27 din Legea nr. 18/1991¹⁰², care ne arată că bunurile care au aparținut fostelor CAP desființate și nerevendicate de foștii proprietari, trec în proprietatea privată a comunelor, orașelor și municipiilor

¹⁰² Legea nr. 18 din 19 februarie 1991, a fondului funciar, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 37 din 20 februarie 1991 și a mai fost modificată prin Legea nr. 29 din 21 martie 1991, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 59 din 22 martie 1991, prin Ordonanța Guvernului nr. 23 din 21 august 1992, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 213 din 28 august 1992 (aprobată prin Legea nr. 114 din 18 noiembrie 1992, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 311 din 30 noiembrie 1992), prin Ordonanța Guvernului nr. 46 din 12 august 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 241 din 29 august 1994 (aprobată prin Legea nr. 132 din 22 decembrie 1994, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 359 din 23 decembrie 1994), prin Ordonanța Guvernului nr. 20 din 4 august 1995, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 184 din 15 august 1995 (aprobată prin Legea nr. 104 din 16 noiembrie 1995, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 270 din 21 noiembrie 1995), prin Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 5 din 31 august 1996, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 207 din 2 septembrie 1996 (aprobată prin Legea nr. 47 din 4 aprilie 1997, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 58 din 8 aprilie 1997) și prin Ordonanța Guvernului nr. 57 din 28 august 1997, publicată în Monitorul Oficial al României, Partea I, nr. 225 din 30 august 1997.

unde acestea sunt situate, numai bunurile care nu au făcut obiectul cererilor de restituire vor fi în patrimoniul unităților administrativ teritoriale. Ori, până la acest moment, nu s-au soluționat toate cererile întemeiate pe prevederile Legii nr. 165/2013¹⁰³.

Consiliile locale se pot prevala de o altă prevedere a legii, respectiv de art. 41 alin. (5)² din Legea nr. 7/1996: „În cazul imobilelor proprietate privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale, intabularea se realizează în baza actelor de proprietate, iar în lipsa acestora, se poate dispune *înscrisura provizorie a dreptului de proprietate în baza actelor administrative emise cu privire la imobil, în condițiile legii*. Ce înseamnă act administrativ emis în condițiile legii? Dacă este înscrisura provizorie, cum se va consolida înscrisura? Se mai emite un alt act administrativ de consolidare a dreptului de proprietate? Cum poate statul, în lipsa invocării unui mod de dobândire valid, cu privire la un imobil, să solicite înscrisura dreptului său în cartea funciară¹⁰⁴? Care sunt rațiunile pentru care statul trebuie protejat în detrimentul posesorilor? Legea nu clarifică termenul în care posesorul trebuia efectiv să fi posedat terenul. Textul ne spune doar că în cartea funciară nu s-au mai făcut înregistrări în ultimii 30 de ani. Sunt câteva întrebări la care practica judiciară va trebui să răspundă.

În situații tranzitorii, până la finalizarea cadastrului sistematic este și mai evident efectul posesiei tabulare asupra dreptului de proprietate, dar și

¹⁰³ Legea 165/2013 privind măsurile pentru finalizarea procesului de restituire, în natură sau prin echivalent, a imobilelor preluate în mod abuziv în perioada regimului comunist în România, Publicat în Monitorul Oficial cu numărul 278 din data de 17 mai 2013.

¹⁰⁴ Legea creează premisele unor conflicte între particulari și administrație (fi a statului, fie a unităților administrativ teritoriale) cu privire la proprietatea privată, bazată de această dată pe posesie, iar nu pe preluare abuzivă.

componenta administrativă de soluționare a problemei proprietății. Prin Legea nr. 133/2012¹⁰⁵ s-a introdus pentru prima dată noțiunea de posesie de fapt, notată în cartea funciară, care după trecerea unui interval de timp se convertea în proprietate deplină; un prim pas spre realizarea cadastrului general, care să poată susține și sistemul de publicitate imobiliară¹⁰⁶. De la încercarea de a deschide cărți funciare pentru întreg teritoriul țării, prin finalizarea cadastrului sistematic, s-a ajuns la situația din prezent, în care pot fi înscrise posesii și în condițiile inexistenței cadastrului sistematic. Prin Secțiunea 5:4.2.5. din Regulamentul aprobat prin Ordinul 700/2014) cu titlul marginal „Notarea posesiei în cadrul lucrărilor de cadastru sporadic” și art. 11 din Legea nr. 7/1996, se poate nota posesia în cartea funciară, dacă sunt îndeplinite condițiile administrative stabilite de regulament. Conform art.126 alin. (1) la imobilele proprietate privată, care nu au nicio dovadă a proprietății terenului, se poate solicita notarea posesiei în cartea funciară, în baza unei documentații cadastrale însoțită de documentele eliberate de primăria în raza căruia este situat imobilul: certificat care să confirme că „posesorul este cunoscut că deține imobilul sub nume de proprietar; imobilul nu face parte din domeniul public sau nu a fost înscris în evidențe ca fiind în domeniul

¹⁰⁵ Legea 133/2012 pentru aprobarea Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 64/2010 privind modificarea și completarea Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, publicată în M.of. 506 din 24.07.2012.

¹⁰⁶ „Art. 11¹ din Legea nr. 133/2012 (1) Persoana care posedă un imobil ca proprietar necontestat va fi înscrisă în cartea funciară pe baza procedurii certificării de fapte îndeplinite de notarul public, procedură prin care se constată că posesorul este considerat proprietar. (2) Constatarea că posesorul este cunoscut ca proprietar al imobilului, pe baza posesiei exercitate sub nume de proprietar necontestat, se îndeplinește de către notarul public, la sesizarea oficiului teritorial, prin eliberarea certificatului pentru înscrierea în cartea funciară a posesorului ca proprietar, în baza căruia se intabulează dreptul de proprietate.”.

privat al statului sau al unităților administrativ-teritoriale; primăria are sau nu are cunoștință de acțiuni în justiție cu privire la imobilul respectiv; imobilul a făcut sau nu a făcut obiectul legilor de retrocedare; proprietarul tabular nu figurează ca proprietar în evidențele primăriei, în zonele de aplicare a prevederilor Decretului-lege nr. 115/1938”.

Dacă notorietatea posesiei, pe care regulamentul nu o condiționează de o anumită durată, poate fi certificată de primăria locului situării imobilului, celelalte caracteristici ale posesiei (continuitatea, publicitatea, neechivocul așa cum erau prevăzute de art. 1847 C. civ. vechi) sunt lăsate la libera apreciere a celui care cere înscrierea. Acesta va trebui să depună o declarație pe propria răspundere, în formă autentică, care să conțină informațiile despre posesia sa, despre sine și despre inexistența unor raporturi juridice sau litigioase asupra imobilului. Totodată în lipsa unui înscris doveditor al posesiei, posesorul va declara că „nu deține și nu are cunoștință de existența unui astfel de înscris”¹⁰⁷. Un înscris doveditor al posesiei, indiferent de forma în care este întocmit, se va depune doar atunci când există.

Prevederile din Regulament, care completează legea, trebuie corelate cu normele cu efect material ale art. 14 din Legea nr. 7/1996. Textul de lege (art. 14) stabilește condițiile în care un posesor poate deveni proprietar, dar și modalitatea de transmitere a posesiei prin acte juridice între vii. „art. 14 alin. (5) Posesia notată în cartea funciară și efectele juridice ale acesteia pot fi dobândite în temeiul actelor juridice între vii, translativ sau constitutive, încheiate în formă autentică, inclusiv prin măsuri de executare silită sau pentru cauză de moarte, care se notează în cartea funciară.” La alin. (6) al aceluiași articole se arată „Ultimul posesor notat în cartea funciară va

¹⁰⁷ Art. 126 alin. (1), lit.b, din Regulament (Ordinul nr. 700/2014 al Președintelui ANCP).

beneficia de intabularea dreptului său de proprietate, din oficiu, la împlinirea termenului de 3 ani, în condițiile prevăzute la alin. (7), ca efect al joncțiunii posesiilor anterioare cu posesia sa.”

Dobândirea dreptului de proprietate se produce necondiționat, din oficiu, „la împlinirea unui termen de 3 ani de la momentul notării în cartea funciară, dacă nu a fost notat niciun litigiu prin care se contestă înscrierile din cartea funciară”(art. 14 alin.7 din Legea 7/1996), prin derogare de la orice regulă privind uzucapiunea, prin efectul legii.

Comparând cu restricțiile stabilite de art. 79 din LPA, care nu le permit dobânditorilor de bună-credință de la un proprietar înscris eronat în cartea funciară, să invoce publicitatea materială, situația dobânditorilor de la posesorii de bună-credință, necontestați într-un termen de 3 ani pare să fie mai ușoară. Aceștia nu numai că vor putea să invoce dobândirea prin efectul legii, nefiind ținuti să invoce publicitatea materială, dar pot să invoce joncțiunea unei posesii cu cea a autorului lor. Art. 79 din LPA se referă punctual la situația primei înscrieri în baza unui titlu, iar nu la dovedirea posesiei tabulare, iar conform principiului *tempus regit actum*, noțiunea de notare a posesiei și efectele acesteia sunt posterioare apariției LPA.

În concluzie posesia este un element definitoriu în cartea funciară în forma posesiei tabulare, care așa cum am văzut se poate dobândi și fără titlu, în scopul de a reglementa situația juridică a imobilelor deținute de particulari.

3 Înscrierea posesiei în cartea funciară este echivalentul tradițiunii din sistemele de drept european, care au consacrat această modalitate de transfer a proprietății.

În dreptul german tradițiunea se realizează prin intermediul celor două principii: al separației (*Trennungsprinzip*) și al abstracțiunii (*Abstraktionsprinzip*). Contractul obligațional (*Verpflichtungsgeschäft*) și contractul real (*Verfügungsgeschäft*, *Erfüllungsgeschäft*) sunt separate între ele (*Trennungsprinzip*), iar efectele pe care le au sunt independente (*Abstraktionsprinzip*)¹⁰⁸. Ceea ce este important în această construcție este dată de validitatea contractului real, independentă de validitatea sau nulitatea contractului obligațional, ceea ce asigură o securitate dinamică a circuitului civil din perspectiva dobânditorului dreptului de proprietate, situație asigurată de principiul abstracțiunii externe. Abstracțiunea internă, pe de altă parte, dă un caracter pur acauzal contractului real, fapt care îl face intangibil în condițiile în care cauza întregii operațiuni juridice ar fi analizată¹⁰⁹. În procedura de carte funciară din dreptul german, autonomia de voință privată este garantată și de principiul consensului, reglementat de § 19 și § 20 GBO¹¹⁰,

¹⁰⁸ Ș. Mircioiu, *Transferul dreptului de proprietate prin vânzare. Studiu de drept comparat*, Ed. Universul Juridic, București 2014, p. 443; F. Bauer, *Sistemul drepturilor reale în Germania*, în *Revista română de drept privat*, nr. 3/2007, p. 6-8, M. Wolf, M. Wellenhofer, *Sachenrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 2014, p. 32 ; K. Vieweg, A. Werner, *op.cit.*, p. 6.

¹⁰⁹ F. Bauer, *op.cit.*, p.7.

¹¹⁰ „§ 19 GBO Eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.” „O înscriere se operează, numai atunci când cel al cărui drept va fi afectat își dă acordul.” (*formelles Konsensprinzip*). „§ 20 GBO Im Falle der Auflassung eines Grundstücks sowie im Falle der Bestellung, Änderung des Inhalts oder Übertragung eines Erbbaurechts darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die

în conformitate cu care se solicită consimțământul la înscriere oricărei persoane al cărei drept este afectat de înscriere. Astfel, alături de consensul material, sau în locul acestuia, dreptul procedural reglementează consimțământul formal (*Eintragungsbewilligung*) consimțământ solicitat la înscrierea în carte funciară a noilor stări de drept¹¹¹.

În dreptul austriac tradițiunea este parte din mecanismul inspirat din dreptul roman: *titulus* și *modus*. Aceasta înseamnă că orice dobândire, transmitere, restrângere sau stingere a drepturilor reale imobiliare poate avea efect doar prin înscrierea în cărțile funciare¹¹². Înscrierea în cartea funciară se realizează în baza unui temei valabil de dobândire (*gültiges Erwerbsgrund - Titel*) și un corect mod de dobândire (*rechliche Erwerbungsart - Modus*), iar la dobândirea derivată este nevoie, alături de acestea și de autorizarea celui care este deja înscris în cartea funciară¹¹³. Modus este realizat prin înscrierea în cartea funciară (*Intabulation*), prin consimțământul la înscriere dat de cel înscris, care se numește în terminologia specifică de carte funciară *Aufsandungserklärung*¹¹⁴. Despre consimțământul la intabulare s-a arătat:

erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist.” „În cazul înstrăinării unui teren precum și în cazul grevării, modificării sau transmiterii unei drept de construire dobândit prin moștenire, o înscriere se poate opera doar dacă este exprimat acordul necesar al titularului și al celeilalte părți.” (*materielles Konsensprinzip*).

¹¹¹ F. Baur, J. F. Baur, R. Stürner, *Sachenrecht*, Ed. C.H. Beck, München, 2009, p.145-150, W. Brehm, Ch. Berger, *Sachenrecht*, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 197-199, K. Vieweg, A. Werner, *op.cit.*, p. 432-433, M. Wolf, M. Wellenhofer, *op.cit.*, p.249.

¹¹² W.-H. Rechberger, L. Bittner, *Grundbuchsrecht*, Ed. Facultas Verlags und Buchhandels AG, Wien, 2007, p.114.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ „Die Aufsandungserklärung ist die schriftliche Erklärung der Eigentümerin/des Eigentümers, dass sie/er mit der Eintragung (z.B. Einverleibung, Verbücherung) im Grundbuch einverstanden ist. Diese Erklärung wird von der Person abgegeben,

„Documentele private și documentele publice trebuie să conțină detalii precise privind corpul funciar sau dreptul tabular, declarația expresă a persoanei al cărei drept este afectat, grevat, stins sau transferat, că acesta își dă acordul la intabulare. Declarația de acord poate fi făcută și într-un document separat (§ 32 GBG, § 433). Potrivit opiniei generale acest așa numit consimțământ la intabulare (*Aufsandungserklärung*) face parte din contractul real (*Verfügungsgeschäfts*), care este totodată o condiție pentru dobândirea sau modificarea drepturilor reale imobiliare.”¹¹⁵ *Aufsandungserklärung* este echivalentul din dreptul german al *Eintragungsbewilligung*.

Dacă în cele două sisteme arătate tradițiunea bunului se realizează prin contractul real, în dreptul nostru neexistând un principiu al separației, tradițiunea se va realiza prin intermediul contractului unic, respectiv printr-un drept de creanță. Tradițiunea bunului este prevăzută printre mijloacele de dobândire a proprietății, în art. 557 C. civ. Tradițiunea, văzută ca predare a obiectului material al dreptului de proprietate, adică a lucrului în

deren Recht beschränkt, belastet, aufgehoben oder übertragen werden soll. Ohne Aufsandungserklärung mit beglaubigter Unterschrift ist eine Eintragung des Eigentums im Grundbuch nicht möglich. Die Aufsandungserklärung ist in den meisten Fällen im Kaufvertrag über die Liegenschaft enthalten”. <https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/99/Seite.990079.html> - „Consimțământul la înscriere (*Aufsandungserklärung*) este acordul scris al proprietarei/proprietarului, prin care ea/el este de acord cu înscrierea (ex. încorporarea, intabularea) în cartea funciară. Acest acord se dă de către persoana al cărui drept se cedează, se restrânge, se grevează sau se stinge, sau va fi transmis. Fără consimțământul la înscriere (*Aufsandungserklärung*) dat în scris, nu este posibilă nicio înscriere a proprietății în cartea funciară. *Aufsandungserklärung*, în cele mai multe cazuri, este cuprins în contractul de vânzare-cumpărare (*Kaufvertrag*) asupra imobilului”.

¹¹⁵ G. Iro, *Bürgerliches Recht. Sachenrecht*, Ed. Springer-Verlag/Wien, 2010, p. 54.

materialitate sa, se identifică cu momentul intrării în posesia bunului. Relativ la bunurile mobile, tradițiunea este parte din transferul de proprietate, fără ca admiterea tradițiunii ca element esențial al transferului de proprietate să califice contractul de vânzare ca un contract real¹¹⁶. Importanța deosebită a tradițiunii, în cazul bunurilor mobile, este dată și de modalitatea de soluționare a conflictelor între dobânditorii aceluiasi bun de la același autor. Cel care primește efectiv bunul, cu bună-credință, va fi considerat proprietarul bunului¹¹⁷. Pornind de la analiza raportului juridic privind darul manual în doctrină s-a arătat că „se admite că validitatea darului manual se întemeiază, pe de o parte, pe transmiterea posesiei, iar pe de altă parte pe o convenție (înțelegere a părților)¹¹⁸: «tradițiunea este o solemnitate asigurând eficacitatea convenției; pe de altă parte, convenția, legitimând posesia și

¹¹⁶ Art. 1174 C.civ. pentru validitatea contractului este necesară reținerea bunului, cum este bunăoară gajul mobil, în care tradițiunea bunului ține de validitatea contractului (art. 2481 C.civ.).

¹¹⁷ Alin. 3 al art. 1275, C.civ. care stabilește preeminența celui care a sesizat primul instanța de judecată, fără a face referire la ce acțiune a formulat reclamantul, se referă totuși la cererea de predare a posesiei bunului mobil, pentru că proprietatea se transferase deja dobânditorului care a contractat primul. Dacă conflictul de drepturi la bunuri mobile s-ar soluționa în lipsa valorizării tradițiunii și intrării în posesie ar trebui ca instanța de judecată să analizeze, între care dintre dobânditori și autorul lor s-a realizat primul acordul de voință, pentru a stabili care este proprietarul și să admită acțiunea în revendicare a bunului mobil. Dar legiuitorul a înțeles să admită că predarea posesiei bunului mobil este mai importantă decât formarea acordului de voințe.

¹¹⁸ D. Chirică, *Darul manual*, R.R.D.P. nr. 6/2008, p. 2.

dându-i o cauză»¹¹⁹. Din această perspectivă tradițiunea iese din sfera de *executare* a contractului, fiind analizată în sfera de *formare* a contractului¹²⁰.

Un argument suplimentar, pentru a considera tradițiunea bunului ca o nouă formă de transfer de proprietate, este dat și de prevederea specială cu privire la suportarea riscurilor contractului translativ de proprietate. Legea arată, în art. 1274 C. civ., că riscul se transferă de la vânzător la cumpărător, doar în cazul îndeplinirii obligației de predare, chiar dacă proprietatea a fost transferată dobânditorului.

Momentul transferului riscului pieirii fortuite a bunului apare ca nefiind legat de transferul proprietății asupra bunului, pentru că legea ne spune că în lipsa predării bunului, adică a intrării în stăpânirea faptică efectivă, nu se transferă riscul, indiferent dacă proprietatea s-a transmis sau nu. Corelarea transferului riscurilor nu se face exclusiv cu predarea de fapt ci

¹¹⁹ Ph. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 2e éd., Paris, 2006, p. 201, *apud* , D. Chirică, *op.cit.* p. 2.

¹²⁰ D. Chirică, *Darul ...*, p.2-5 „Prin tradițiune, în sensul clasic, se înțelege predarea, remiterea materială efectivă de la mână la mână a obiectului donației. În cazul darului manual, predarea de la mână la mână nu este o simplă problemă de *executare a contractului* (cum este, de pildă, cazul atunci când se încheie un contract de vânzare – care este consensual –, iar apoi, după încheierea valabilă a contractului, se face predarea lucrului vândut), ci una de *încheiere valabilă a contractului*, fără de care donația nu se poate naște. Tradițiunea trebuie să fie *efectivă*. Donația sub forma darului manual nu este valabilă decât dacă remiterea lucrului donat de către donator donatarului este efectivă. În concepția clasică, condiția era considerată ca îndeplinită doar prin desesizarea efectivă, fizică a donatorului și remiterea materială a lucrului donat donatarului. De aceea, de exemplu, constitutul posesoriu este insuficient pentru a da naștere unui dar manual valabil, pentru aceasta fiind necesar ca donatorul să predea efectiv bunul donatarului, după care acesta să i-l remită la rândul său cu titlu precar.”.

cu transferul de proprietate¹²¹, însă nici titularitatea nu este criteriul exclusiv, ci executarea obligației de transfer de proprietate, pentru că riscurile se analizează în sfera obligațională¹²².

Dacă proprietatea s-ar transfera în lipsa executării obligației de predare, atunci și riscurile ar fi suportate exclusiv de proprietar în temeiul art. 558 C. civ., care este reglementarea generală *res perit domino*. Regula *res perit domino*¹²³ se aplicabilă dreptului real, iar nu sferei contractuale, obligaționale; în drepturile reale, în mod natural, fiecare proprietar suportă riscurile pieirii fortuite a propriilor bunuri. Dacă ne referim la situațiile juridice translativ de proprietate, în care raporturile obligaționale transferă dreptul real, și consecutiv și riscul, înseamnă că până la executarea obligației de predare, nu se transferă în mod valabil nici dreptul.

Înainte de toate, trebuie să clarificăm dacă textul explică obligația de predare ca fiind una exterioară transferului dreptului sau consubstanțială¹²⁴,

¹²¹ G.-A. Ilie, *Riscurile în contracte: De la vechiul la noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 395.

¹²² G.-A. Ilie, *op.cit.*, p. 395; L. Pop., I.- F. Popa, S.-I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p.326; P. Vasilescu, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 514.

¹²³ L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Fundației „Chemarea”, Iași, 1994, p. 89.

¹²⁴ Textul ar putea fi analizat doar în încercarea de a face o distincție între situațiile în care proprietatea se transferă prin acordul voințelor și situațiile în care transferul de proprietate este condiționat de predare. În ce situații este condiționată nașterea dreptului de predarea bunului? a) La contracte reale, b) La imobile – unde predarea înseamnă înscriere, c) La bunuri mobile corporale, deși legea ne spune că acordul de voință este cel care transferă dreptul. Predarea bunului este un element esențial prin efectul principiului *en fait de meuble la possession vaut titre* (art.1275 C.civ.), chiar dacă titlul său are dată ulterioară. Ce poate să însemne din punct de vedere juridic anterioritatea titlului? Tradițional regula se bazează pe o prezumție de posesie mai veche. Carbonier considera că este suspect ca dobânditorul să obțină un titlu

și ce înseamnă obligația de predare în cazul bunurilor imobile. Predarea bunului în cazul bunurilor imobile înseamnă punerea la dispoziția cumpărătorului a bunului pentru exercitarea neîngrădită a posesiei (art.1685). Cum se pune la dispoziția cumpărătorului bunul imobil? Este suficientă predarea fizică a bunului imobil astfel cum sugerează art. 1687 C. civ¹²⁵., „liber de orice bunuri ale vânzătorului”, sau este necesară și predarea titlurilor sau documentelor privitoare la proprietate (art. 1686 alin. 2)? Art. 1483 C. civ¹²⁶. care se referă la obligația de a strămuta proprietatea implică și obligațiile de a preda lucrul și de a-l conserva până la predare¹²⁷, iar în materie de cartea funciară și pe aceea de a preda înscrisurile necesare pentru efectuarea înscrierii.

În cazul bunurilor imobile avem două condiții cumulative pentru îndeplinirea obligației de a transfera proprietatea: executarea obligației de a da¹²⁸, respectiv o predare fizică și o predare juridică. Predarea documentelor care privesc proprietatea (stabilită ca obligație a vânzătorului de art. 1686 alin. 2) va fi și aceea de a preda înscrisurile necesare înscrierii. Până când aceste obligații nu sunt îndeplinite cumulativ nu se poate considera că

„posterior începerii posesiei: poți oare să accepți să devii proprietar lăsându-l pe altul să posede?” Ph. Malaurie, L. Aynès, *Drept civil. Bunurile*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2013, p.186.

¹²⁵ Predarea fizică a bunului se poate realiza și în cazul unor acorduri precontractuale, care au aceeași cauză cu actul de vânzare ce se intenționează a se încheia, sau cu obligația de a transfera proprietatea, asumată prin act.

¹²⁶ Obligația de a transfera (strămuta) proprietatea este reglementată în Titlul V. Executarea obligațiilor, Capitolul I. Plata, Secțiunea a 3-a Condițiile plății. .

¹²⁷ Adică implicit și obligația de a suporta riscul pierii fortuite sau riscul de imposibilitate fortuită de executare.

¹²⁸ G.-A. Ilie, *op.cit.*, p. 395.

obligația de a da s-a stins¹²⁹, iar dobânditorul (cumpărătorul) are posibilitatea să-l acționeze în judecată pe vânzător, pentru îndeplinirea acestei obligații. Modalitatea specifică sistemului de carte funciară pentru executarea silită a obligației de a da va fi în acest caz acțiunea prevăzută de art. 896 C. civ., respectiv acțiunea în prestație tabulară. Cel obligat să transmită un drept real în folosul altei persoane va fi debitorul obligației de a da, care nu și-a executat obligațiile în privința predării posesiei tabulare prin înscriere. Dreptul la acțiune este prescriptibil, conform specificului oricărui drept de creanță, în condițiile dreptului comun. Acest termen de prescripție nu poate fi decât cel stabilit de art. 2517 C. civ.

Astfel, obligația de predare în cazul bunurilor imobile nu poate fi analizată doar cu privire la predarea fizică efectivă, ci cu privire la predarea oricărui înscris, sau îndeplinirii de către înstrăinător a oricărei obligații de care depinde înscrierea, anume realizarea impozedării dobânditorului prin intermediul sistemului de publicitate. Această parte din executarea obligației de predare nu este doar o chestiune care ține de predarea posesiei ca stare de fapt, ci mută condiția specială în sfera juridicului, prin reglementarea posesiei tabulare sau posesiei civile¹³⁰, adică o transpunere juridică a stării de fapt.

¹²⁹ Idem, p. 411. Autorul arată cu privire la transferul riscurilor : „Dacă în întindere sa obligația de predare cuprinde și remiterea înscrisurilor mai sus enumerate, atunci neîndeplinirea acestei obligații se traduce într-o neexecutare a obligației de predare, cu consecința amânării transferului riscurilor așa cum ne spune art. 1274 NCC.”.

¹³⁰ În dreptul german, așa cum am arătat, s-a recunoscut o proprietate naturală (*geshaffene natürliche Eigentum*) a celui care primește posesia prin tradițiunea fizică, pe de o parte și o proprietate civilă (*bürgerlichen Eigentum*) a celui care este înscris în cartea funciară ca proprietar, pentru că *Allgemeine Recht* îi recunoștea transferul și celui care urma procedura modului de dobândire prin tradițiune. A se vedea: W. Bahlmann, *op.cit.*, p. 16, 21. .

4 Concluzii

Proprietatea asupra imobilelor se înfățișează în mai multe forme: drept, bun și personalitate/patrimoniu. Cele trei forme ale proprietății descriu complet proprietatea imobiliară, care îndeplinește exigența de a fi un drept real tabular. Proprietatea imobiliară va fi static văzută ca bun și drept aparținând persoanei sau patrimoniului, iar dinamic, vom avea drepturi de creanță a căror executare impune nu doar titlul de dobândire, ci și predarea posesiei tabulare.

Înscrierea se solicită atât la drepturile reale recunoscute de lege fără înscriere, cât și la transferurile *a domino*. Limitarea dreptului de dispoziție stabilit de normă nu se referă, în opinia noastră, la limitarea dreptului de dispoziție, element al proprietății, ci la posesie, care nu poate fi transmisă decât dacă este posesie tabulară.

Predarea posesiei tabulare se va realiza, în cadrul raportului obligațional, prin executarea obligației de a da, echivalentul tradițiunii bunului. În dreptul românesc nu există în mod tradițional modul de dobândire (*modus*) ca parte din transferul în doi timpi; transferul se va realiza de aceea prin titlu, care de lege lata nu va mai fi un titlu translativ ci unul de creanță *ad rem*, care încorporează și obligația de a da, validată ca proprietate prin înscrierea în cartea funciară. Faptul că dreptul dobândit este un drept de creanță pare de necontestat, în condițiile în care legea nu mai admite transferul decât prin îndeplinirea formalității de intabulare.

În executarea acestei creanțe, raportându-ne la condițiile cărții funciare, posesia tabulară apare ca o componentă esențială în executarea creanței. Predarea posesiei tabulare este astfel ultimul act de executare al creanței, fie că ne referim la obligația debitorului de a-și da consimțământul

la înscriere, fie la predarea înscrisurilor necesare, apte de intabulare (*einverleibungsfähigen Urkunden*).

Și pentru că proprietatea este (și) o componentă a patrimoniului, înscrierea dreptului în cartea funciară va fi echivalentul stingerii creanței prin plată, și mutarea bunului, din patrimoniul vechiului proprietar, în patrimoniul creditorului *ad rem*, plată făcută prin predarea posesiei tabulare. Predarea posesiei tabulare, ca echivalent al tradițiunii, devine o componentă esențială a transferului de proprietate imobiliară. Justificarea predării posesiei tabulare, ca posesie de fapt dematerializată, este dată de scopul publicității prin cărțile funciare, de a asigura vizibilitatea drepturilor reale¹³¹.

¹³¹ *Erkennbarkeit, Sichtbarkeit, Wahrnehmbarkeit*. A se vedea K. Vieweg, A. Werner, *op. cit.*, p. 5., S. Corneloup, *op. cit.*, p. 74.

DREPTURILE SUCCESORALE ALE SOȚULUI SUPRAVIEȚUITOR ÎN ȚARA ROMÂNEASCĂ ȘI MOLDOVA ÎN SECOLELE XVIII-XIX

DOI: [10.24193/SUBBiur.64\(2019\).2.4](https://doi.org/10.24193/SUBBiur.64(2019).2.4)
Published Online: 2019-07-03

Alina-Emilia Ciortea*

Rezumat:

Studiul urmărește evoluția istorică a drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor, cuprinsă în codificările din vechiul drept românesc scris.

Întinderea și natura drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor au variat în funcție de diferite elemente, precum: starea de sărăcie a partenerului de viață, menținerea văduviei, numărul descendenților rezultați din căsătorie, vârsta la care aceștia din urmă decedau, calculată de la data deschiderii moștenirii ascendentei etc.

Până la aplicarea Codului civil Cuza în 1865, singurul regim matrimonial aplicabil în vechiul drept românesc scris era regimul dotal. Am analizat care a fost soarta bunurilor dotale în cazul predecesului unuia dintre soți, întrucât, alături de avantajele patrimoniale obținute pe tărâm succesoral, soțul supraviețuitor avea beneficii substanțiale din desfacerea regimului matrimonial.

Cuvinte cheie: soț supraviețuitor, drept succesoral, descendenți, uzufruct, drept de proprietate, vechiul drept românesc scris, regim dotal, Pravilniceasca

* Alina-Emilia CIORTEA este student-doctorand la Universitatea „Babeș-Bolyai”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca, LL.M. in Comparative Law la Louisiana State University, Louisiana, Statele Unite ale Americii, avocat definitiv, membru al Baroului Cluj. Poate fi contactată la adresa de e-mail: alina.emilia.ciortea@gmail.com.

Condică (Codul lui Ipsilanti), Legiuirea Caragea, Manualul lui Andronachi Donici, Codul Calimach.

SUCCESSION RIGHTS OF SURVIVING SPOUSE IN THE VALLACHIA AND MOLDAVIA IN THE XVIIIITH – XIXTH CENTURY

Abstract: The current analysis follows the historical evolution of the succession rights of surviving spouse in the codifications of the ancient written Romanian law.

The extent and the nature of the succession rights of living spouse varied according to different elements, such as: the poverty of the partner, the absence of remarriage, the number of descendants born during the marriage, the later's age of death determined from the moment of the opening to the ascendant's succession etc.

Until the application of Cuza's Civil Code in 1865, the only matrimonial regime in force in the ancient written Romanian law was the dowry regime. We have conducted an analysis on what was the outcome of the dowry estate in the event one spouse had predeceased, due to the fact that, together with the patrimonial advantages offered by succession law, the surviving spouse had substantial benefits from termination of the matrimonial regime.

Keywords: surviving spouse, succession law, descendants, usufruct, right to property, succession, ancient written Romanian law, the matrimonial dowry regime, Pravilniceasca Condică (Code of Ipsilanti), The Caragea Regulation, The Andronachi Donici Manual, The Calimach Code.

1 Introducere

Începând cu cea de-a doua jumătate a secolului al XVIII-lea, Europa a traversat o perioadă dominată de tendința de codificare a cutumelor locale și de întocmire a unor coduri de legi. În acest spirit, domnitorii din Vechiul

Regat și-au îndreptat atenția către redactarea unor pravile, respectiv coduri pentru alinierea țărilor române la curentul european.

Considerăm esențială studierea reglementărilor din vechiul drept românesc, întrucât, pe de-o parte, ele relevă obiceiul pământului, iar pe de altă parte, ne oferă un suport solid pentru evoluția instituției succesiunii soțului supraviețuitor, îndrumându-ne către găsirea unei soluții fiabile și echitabile în vederea protejării eficiente a drepturilor succesoriale ale partenerului de viață.

2 Pravilniceasca Condică

2.1 Generalități

Din cauza lipsei de materiale care să prezinte situația juridică reglementată de „obiceiul pământului” aplicabil în Țara Românească înainte de Codul lui Ipsilanti, o concluzie pertinentă asupra drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor nu poate fi formulată¹. Totuși, astfel cum s-a afirmat în doctrină, a fost în „sufletul poporului” datina ca soțul supraviețuitor să primească o parte din succesiunea defunctului².

* Alina-Emilia CIO RTEA este student-doctorand la Universitatea „Babeș-Bolyai”, Facultatea de Drept din Cluj-Napoca, LL. M. în Comparative Law la Louisiana State University, Louisiana, Statele Unite ale Americii, avocat definitiv, membru al Baroului Cluj. Poate fi contactată la adresa de e-mail: alina.emilia.ciortea@gmail.com.

¹ Gr. C. CONDURATU, *Compararea drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor în dreptul roman, codicile Callimachi și Caragea, Codul Napoleon și Codul Alexandru Ion I.*, ed. Tipografia Lucrătorilor Asociați, București, 1898, p. 40.

² Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, ed. Cultura Națională, București, 1925, p. 68.

Codul lui Ipsilanti sau Pravilnicească condică³ a constituit prima codificare din vechiul drept românesc scris în care s-au găsit mențiuni exprese referitoare la dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor⁴. Prin urmare, incertitudinea cu privire la întinderea și natura drepturilor succesoriale ale soțului rămas în viața a luat sfârșit în 1780, prin adoptarea Codului lui Ipsilanti⁵.

Codul lui Ipsilanti s-a aplicat începând cu anul 1780 și până în 1 septembrie 1818, când a fost abrogat tacit de dispozițiile Legiurii Caragea⁶. Explicația cea mai plauzibilă pentru care Pravila a fost promulgată abia în 1780,⁷ la o distanță de cinci ani de la data redactării sale, se regăsește în contextul politic al țării. Astfel, după pacea de la Küciük-Kainargi din 1774, influența exercitată de Rusia în sprijinul promovării drepturilor creștinilor

³ În anul 1791, fiind publicat într-un document sub această denumire, Codul lui Ipsilanti a rămas cunoscut ca Pravilniceasca Condică, Condica sau Condica țării. Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, ed. Academiei Republicii Populare Române, București, 1957, p. 19.

⁴ Mihail ELIESCU, *Moștenirea și devoluțiunea ei în dreptul R. S.R.*, ed. Academiei, București, 1966, p. 127.

⁵ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 68.

⁶ Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, *op.cit.*, p. 16.

⁷ Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, *op.cit.*, pp. 5-6. Aceeași concluzie o regăsim și în Alexandru OTETELIȘANU, *Dreptul de succesiune al soțului supraviețuitor*, Editura Tipografiei Gutenberg, București, 1912, p. 46; Mihail ELIESCU, *op.cit.*, p. 127. Cu privire la data efectivă în care Codul lui Ipsilanti s-a aplicat, există anumite divergențe în doctrină. Unii susțin că Pravilniceasca Condică a devenit aplicabilă începând cu anul 1776. A se vedea Nicolae ALEXANDRESCU, *Condițiunea succesorală a femeii în dreptul roman, francez și român*, ed. Lito-tipografia Ion S. Codreanu, București, 1898, p. 59. În schimb, alții afirmă că legiuirea s-a aplicat începând cu anul 1786. Pentru această opinie, a se vedea Gr. C. CONDURATU, *op.cit.*, p. 54.

ortodocși a scăzut rezistența Porții și a permis principelui fanariot Alexandru Ipsilanti să elaboreze legi scrise⁸.

Alături de contextul politic ante-menționat, este cunoscut faptul că, în secolul al XVIII-lea, feudalismul a intrat în declin, iar clasa dominantă a resimțit nevoia de a-și consolida privilegiile, prin intermediul legilor scrise, de a înlătura dezavantajele cutumei și conflictele iscate între diferite izvoare de drept⁹. Pravila codifică multe dintre cutumele nescrise ale țării, dar alături de aceste izvoare se înscriu și Bazilicalele. Astfel, s-a născut, în Muntenia, „prima codificare a unei legiuri după legile romane”¹⁰.

2.2 Moștenirea legală – reguli generale și situația soțului supraviețuitor

Potrivit dispozițiilor cuprinse în *Pravilniceasca Condică*, drepturile de moștenire ale soțului supraviețuitor nu erau condiționate de starea de sărăcie în care acesta se găsea după decesul partenerului său de viață sau de sexul soțului care a precedat. În schimb, existența drepturilor succesoriale varia în funcție de nașterea de descendenți rezultați din acea căsătorie¹¹.

În primul caz, conform art. 2 din capitolul intitulat *Pentru trimirie*,¹² în concurs cu copiii comuni, soția supraviețuitoare va dobândi o parte virilă, în uzufruct („pentru hrana vieții, iar nu cu desăvârșită stăpânire, adecă de a o vinde sau dărui la alții”). În acest caz, nuda proprietatea rămânea copiilor. În ipoteza în care descendenții muriseră înainte de a împlini vârsta indicată

⁸ Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, op.cit., pp. 8-10.

⁹ Pentru detalii, a se vedea Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, op.cit., p. 4.

¹⁰ Nicolae ALEXANDRESCU, op.cit., pp. 72-73.

¹¹ Mihail ELIESCU, op.cit., p. 127.

¹² Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, op.cit., p. 101.

în art. 1, respectiv 12 ani fetele, iar 14 ani băieții, deci considerați „nevîrstnici”, atunci soția supraviețuitoare va dobândi o treime din succesiune, în plină proprietate („să aibă a lua a treia parte cu desăvîrșită stăpînire”, „a treia parte să o ia pururea”) „fiindcă a suferit iuțimea durerilor, întristările și primejdiile vieții, din facerea de copii”¹³. Observăm că, potrivit textului de lege menționat, dobândirea unei treimi din moștenirea defunctului nu este condiționată de menținerea unei stări de văduvie, sub rezerva ca anul de doliu să fie respectat. Acest drept al văduvei purta asupra bunuri mobile („cele mișcătoare”), legiuitorul de la acea vreme urmărind păstrarea imobilelor în familia de sânge¹⁴.

În al doilea caz, conform art. 3, dacă din uniunea celor doi soți nu au rezultat descendenți, „muerea stearpă după moartea bărbatului ei” își va lua înapoi zestrea, darurile primite înaintea nunții, teoritra, adică „prețul virginității pe care i-l dăduse bărbatul a doua zi după nuntă”¹⁵. În baza dispozițiilor tezei a doua din același articol, în caz de predeces al soției, bărbatul, „în loc de a treia parte” avea dreptul de a cere înapoierea următoarelor bunuri: „așternutul patului și calul de ginere, sau orice alt i se va da înaintea nunții, fiindcă n-au făcut copii”. Potrivit unei opinii doctrinare, soții nu mai au dreptul la o treime în plină proprietate, ci fiecare își recuperează aportul adus la căsătorie „pentru ca și ultima legătură, ce ar mai fi putut rămâne, să dispară”¹⁶. Pe de altă parte, s-a susținut, în mod întemeiat, că, potrivit art. 5, masa succesorală se împărțea în trei părți egale:

¹³ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 69.

¹⁴ Mircea Dan BOB, *Familie și moștenire în România*, ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 62; Mihail ELIESCU, op.cit., p. 127.

¹⁵ Mihail ELIESCU, op.cit., p. 127.

¹⁶ Alexandru OTETELIȘANU, op.cit., p. 48..

una pentru „*sufletul mortului*”, alta pentru soțul supraviețuitor, iar a treia pentru părinții sau bunicii defunctului¹⁷. Parte cuvenită ascendenților și cea dedicată sufletului defunctului era atribuită prin echivalent, conform art. 5 care prevedea și sursa banilor: „*răscumpărându-se cele nemișcătoare de către rudele celui mort din care se trage, sau și de către rudele de alături, însă numai de către frați, iar nu și de alții*”. Totodată, căminul părintesc beneficia de o protecție sporită, neputând fi transferat în altă familie, ci „*ceale mai de departe rude să le răscumpere cu bani*”. Considerăm așadar că legiuitorul din 1780 a dat preferință rudelor de sânge în ceea ce privește imobilele, preferând păstrarea lor în familia de origine. Această abordare nu este nicidecum una inovatoare în peisajul juridic, astfel cum am văzut în capitolele anterioare.

Prima mențiune din acest capitol al Codului lui Ipsilanti care face referire la dreptul bărbatului se regăsește în art. 3. Deși, la o interpretare strictă, am putea ajunge la concluzia (greșită, din perspectiva noastră) că numai dreptul la restituirea bunurilor proprii avute dinaintea căsătoriei este reciproc, conform doctrinei majoritare, la care achiesăm și noi, sintagma „*asemenea și bărbatul*”, din teza finală a art. 3, inițiază ideea conform căreia și soțul supraviețuitor, alături de soție, beneficiază de drepturi succesoriale, în plină proprietate sau în uzufruct, în funcție de îndeplinirea sau nu a condiției nașterii de copii comuni¹⁸.

¹⁷ Mircea Dan BOB, *op.cit.*, pp. 62-63; Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 69.

¹⁸ Alexandru OTETELIȘANU, *op.cit.*, pp. 47-48; Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 69.

În art. 4, ultimul articol dedicat drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor, se prevede că soțul supraviețuitor, stigmat de sterilitate, în cazul în care defunctul nu mai avea descendenți din altă legătură, moștenea o jumătate din „*trimerie*”, adică o șesime din succesiune, cu excepția situației în care dispozițiile testamentare erau mai generoase pentru acesta¹⁹.

Nu în ultimul rând, în caz de sterilitate, potrivit art. 3 din capitolul „*Pentru trimirie*”, soția supraviețuitoare avea dreptul de a-și recupera zestrea. Această afirmație ne conduce la următoarea întrebare: care era regimul matrimonial aplicabil în vechiul drept românesc și care erau drepturile patrimoniale obținute de soțul supraviețuitor la încetarea acestuia prin decesul unuia dintre soți?

2.3 Regimul matrimonial

Regimul dotal a fost singurul regim matrimonial consacrat de vechiul drept românesc scris, până la aplicarea Codului civil Cuza, în 1865.

Potrivit obiceiului pământului, zestrea (sinonim perfect în vechiul drept românesc cu cuvântul „dotă”)²⁰ constituia o masă de bunuri (mobile sau

¹⁹ S-a susținut că „*ar fi cu totul nedrept ca soția să primească și drepturile de mai sus și zestrea și darurile dinaintea nunții, iar soțul să nu ia nimic*” Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 69; Mihail ELIESCU, *op.cit.*, p. 127.

²⁰ Pentru detalii cu privire la etimologia cuvântului „zestre”, a se vedea Paul VASILESCU, *Regimuri matrimoniale*, ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 131-132.

imobile²¹) transferată din patrimoniul părinților fetei²² în acela al viitoarei soții, la momentul contractării căsătoriei și în lipsa evaluării bunurilor. Mărirea și componența zestrei depindeau de mai mulți factori, dintre care poate cel mai importat era starea socială a familiei²³.

Într-o societate în care domina principiul inegalității sexelor, bărbatul continuă să fie capul familiei, cel responsabil cu întreținerea căminului și asigurarea celor necesare traiului, iar zestrea avea rolul de a diminua aceste costuri,²⁴ de a oferi un sprijin material partenerului și de a asigura viitorul descendenților²⁵. Astfel cum am văzut și în secțiunile anterioare,²⁶ soțul era numai administratorul bunurilor, beneficiar al dreptului de administrare și de folosință, fiind lipsit de dispoziția juridică asupra bunurilor²⁷. Obiectul zestrei era incesibil și imprescriptibil, femeia rămânând nuda-proprietară a bunurilor²⁸.

O importanță sporită era acordată evaluării bunurilor dotale. Astfel, în secolul al XVIII-lea, mobilele prin natura lor (robii, vitele etc.) și imobilele nu erau evaluate, spre deosebire de celelalte mobile (spre exemplu, obiecte de

²¹ În secolul al XIX-lea are loc numai o generalizare a cutumei de înzestrare a fetelor cu bunuri imobile, însă începând cu secolul al XX-lea era aplicabilă regulă potrivit căreia zestrea era formată obligatoriu din pământ. Paul POPOVICI, *Regimul dotal în vechiul drept și în Codul civil român*, Studia Iurisprudentia nr. 2/2002, p. 166.

²² Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 134. Atribuirea dotei fetei se făcea cu respectarea dreptului de preempțiune a descendenților de sex masculin. Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 159.

²³ Paul POPOVICI, *op.cit.*, pp. 165-166.

²⁴ Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 131.

²⁵ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 160.

²⁶ A se vedea *supra*.

²⁷ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 162.

²⁸ Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 135.

aur, haine, cărți etc.) care, prin evaluare obligatorie,²⁹ opera trecerea riscurilor pierii fortuite a bunurilor de la soție la soț³⁰. În lipsa evaluării bunurilor, nu se realiza transferul dreptului de proprietate în beneficiul soțului³¹. Importanța evaluării bunurilor dotale și a transferării riscurilor se regăsește în instituția restituirii dotei la momentul decesului unuia dintre soți, despre care vom vorbi în cele de urmează.

În cazul în care femeia este cea care decedează prima, zestrea revine descendenților, iar în lipsa acestora dota era restituită familiei constituitoare³². Din perspectiva noastră, constituirea dotei, cu toate că se realiza la momentul căsătoriei, era afectată de o condiție rezolutorie cazuală (o reîntoarcere legală a bunurilor donate) și de o condiție rezolutorie mixtă (nașterea de descendenți).

În situația predecesului bărbatului, femeia era obligată, potrivit art. 8 din capitolul „*Pentru zestre*” din *Pravilniceasca Condică*, să întocmească un „catastih curat din averea bărbatului ei”,³³ pentru a arăta care este diferența de zestre care nu era cuprinsă în masa succesorală la data deschiderii moștenirii și pentru a o solicita de la moștenitorii bărbatului.³⁴ În cazul în care

²⁹ Art. 1, teza I din capitolul „*Pentru zestre*” din Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, *op.cit.*, pp. 92-94 prevede: „*Cele mișcătoare lucruri ale muerii, asemenea și cele de sineși mișcătoare, adică țișanii și vitele, să nu se prețuiască, ci numai cele mișcătoare, cum scule, haine, lucruri de argint și de aur și arămuri și altele asemenea să se prețuiască ori înaintea nunții, ori în urma nunții cu patruzeci de zile sau cel mult șaizeci.*”.

³⁰ Acest transfer al riscurilor era asimilat, potrivit dispozițiilor Codului Calimach, cu o vânzare-cumpărare. Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 166.

³¹ *Ibidem*.

³² *Idem*, p. 167.

³³ Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, *op.cit.*, p. 96.

³⁴ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 168.

soția supraviețuitoare „se va lenevi și nu va face catastih de averea bărbatului ei și de lipsa zestri ei în sorocul de șase luni sau de un an, atunci să nu mai aibă dreptate să ceară lipsa de zestre și să nu i se mai asculte jalba nici a ei nici a moștenitorilor ei.”³⁵ Așadar, sancțiunea pentru neîntocmirea inventarului era decăderea din dreptul de solicita restituirea zestrei care nu se mai regăsea în patrimoniul defunctului.

Alături de rolul dotei, de a acoperi o parte din costurile căsniciei, zestrea a reprezentat totodată atribuirea unei părți din averea părintească, încă din timpul vieții antecesorilor femeii, conducând astfel la scăderea, poate chiar inexistența litigiilor în materie succesorală³⁶. La art. 1 din capitolul „Pentru moștenire” se precizează „După ce se va înzestra fata de părinții ei, să nu aibă nicidecum voie după moartea părinților ei să între în moștenirea loc, cu cuvînt ca să pue și zestrea ei la mijloc, ci să rămîie mulțămîtă pe zestrea ce va fi luat”³⁷. Prin urmare, odată ce primea dota, fata nu mai avea vocație succesorală în moștenirea legală a antecesorilor săi. Totodată, în principiu,³⁸ zestrea nu se raporta la masa succesorală,³⁹ ci constituia un avantaj patrimonial acordat definitiv fetei la căsătorie, nefiind împărțit în mod egal între moștenitorii de grad 1.

³⁵ Art. 9 din capitolul „Pentru zestre” din Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, *op.cit.*, p. 96.

³⁶ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 159.

³⁷ Andrei RĂDULESCU, *Pravilniceasca Condică*, *op.cit.*, p. 98.

³⁸ Desigur, existau și excepții de la această regulă. În cazul în care dota era raportabilă, raportul se realiza prin echivalent, iar descendenții aveau drepturi egale de moștenire, indiferent dacă erau fete sau băieți. În Țara Românească, începând cu secolul al XVII-lea, se permitea raportarea zestrei în cazul în care exista o stipulație expresă de renunțare la drepturile succesoriale din partea fetei înzestrate. Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 161.

³⁹ *Ibidem*.

Soția supraviețuitoare păstra, așadar, nuda proprietate asupra bunurilor care nu erau supuse evaluării și putea solicita, după întocmirea unui inventar, restituirea dotei în integralitate, chiar dacă nu se mai regăsea în patrimoniul bărbatului predecedat din motive imputabile acestuia. Alături de avantajul patrimonial pe care îl forma zestrea, soția supraviețuitoare înzestrată avea și un drept eventual de dobândire a contra-zestrei⁴⁰ în cazul în care din căsătorie nu au rezultat copii, iar pasivul succesoral nu era împovărător⁴¹.

Moartea soțului nu priva femeia de dreptul de proprietate, deținut încă din timpul vieții, asupra bunurilor proprii, numite *exoprica*. Bărbatul avea un simplu drept de administrare de natură convențională a bunurilor proprii ale femeii,⁴² fiind prezumat mandatarul acesteia în raporturile cu terții⁴³.

2.4 Concluzii parțiale

În concluzie, observăm că, în vechiul drept românesc din Muntenia, în perioada cuprinsă între anii 1780-1818, soțul supraviețuitor beneficia de o poziție patrimonială satisfăcătoare și echitabilă. Fără a ține cont dacă soțul supraviețuitor este femeie sau bărbat și fără analiza averii sale, natura și emolumentul dreptului succesoral depindeau de existența sau inexistența descendenților rezultați din cuplu. Nicidecum soțul supraviețuitor nu a fost lăsat la urma devoluțiunii legale ori privat de calitatea sa de succesibil, ci i s-

⁴⁰ Contra-zestrea reprezenta o donație din partea bărbatului sau a antecesorilor acestuia, în contraprestația dotei, fiind garantată printr-un drept de gaj. Asemenea zestre, contra-dota era atribuită descendenților femeii în situația predecesului acesteia. *Idem*, p. 169.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 135.

⁴³ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 169.

au acordat drepturi chiar și în concurs cu copiii născuți din căsătorie. Alături de drepturile succesoriale, extinse și satisfăcătoare, din perspectiva noastră, soțul supraviețuitor obținea și alte avantaje patrimoniale din desfacerea regimului matrimonial dotal. Prin urmare, conchidem prin exprimarea aprecierii față de reglementarea drepturilor soțului supraviețuitor din Codul lui Ipsilanti.

3 Legiuirea Caragea

3.1 Generalități

Corpul de legi a lui Io⁴⁴ Ioan Gheorghe Caragea (cunoscut sub denumire de Codul Caragea sau Legiuirea Caragea) s-a aplicat în Țara Românească începând cu data de 1 septembrie 1818 și până la 1 decembrie 1865, când a intrat în vigoare Codul civil Cuza⁴⁵.

3.2 Moștenirea legală – reguli generale și situația soțului supraviețuitor

Devoluțiunii legale a moștenirii îi este dedicată secțiunea „*Moștenire fără diată*” din Capitol III, din Cartea a patra, intitulat „*Pentru moștenire sau clironomie*”.

⁴⁴ Urmând modelul diplomatiei bizantine, domnul sau voievodul își însușea particula „*Io*” (prezentă în documentele latine ca *Iohannes*), care însemna „*cel dăruit de Dumnezeu/cu domnia*”, cu scopul de a augmenta prestigiul domniei. Ovidiu DRIMBA, *Istoria culturii și civilizației*, vol. 9, ed. Saeculum I. O., București, 1999, p. 117.

⁴⁵ Ion PALADE, *Codul Caragea*, ed. Librăriei Leon Alcalay, București, 1907, p. V.

Codul Caragea stabilea un drept reciproc de moștenire între soți care era independent de situația patrimonială a soțului supraviețuitor, natura și întinderea drepturilor succesoriale variind în funcție de existența descendenților și a altor rude ale defunctului, respectiv de durata căsătoriei sau de vârsta descendenților și de momentul la care aceștia decedează raportat la deschiderea moștenirii părintelui lor⁴⁶.

Potrivit art. 17 lit. k),⁴⁷ în cazul concursului soțului supraviețuitor (femeie sau bărbat) cu descendenții născuți din căsătorie, moștenirea se împărțea în trei părți⁴⁸: o treime revenea copiilor în plină proprietate, o treime era dedicată sufletului mortului (care, în fond, revenea tot descendenților pentru a acoperi cheltuielile de înmormântare și de pomeniri), respectiv o treime era atribuită soțului supraviețuitor în uzufruct, căci acesta avea „*numai hrizis, adică folosul părții sale*”,⁴⁹ nuda proprietate fiind deținută de rudele de sânge⁵⁰.

În continuare, drepturile soțului supraviețuitor erau influențate de vârsta descendenților, precum și de momentul la care aceștia decedează, calculat în funcție de data deschiderii moștenirii ascendentului acestora.

În primul caz, în situația în care descendenții decedau după trei ani de la data decesului părintelui, iar acest eveniment survenea înainte de

⁴⁶ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 73.

⁴⁷ Din capitolul „*Pentru moștenire sau clironomie*”, secțiunea „*Moștenire fără diată*” din Ion PALADE, op.cit., p. 54.

⁴⁸ Cuantumul fiecărei părți este de o treime, conform art. 18 lit. c) din Codul Caragea („(...) *atunci periusia aceluia părinte, să se facă trei părți*”).

⁴⁹ Unii autori au remarcat similitudinea dintre hrizisul și *douaire*-ul din vechiul drept francez cutumiar. Nicolae ALEXANDRESCU, op.cit., p. 76.

⁵⁰ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 73.

împlinirea vârstei de 14 ani, în cazul băieților, respectiv de 12 ani în cazul fetelor, soțul supraviețuitor dobânda treimea acordată sufletului în echivalent bănesc („în bani gata”).⁵¹

În al doilea caz, în ipoteza în care deschiderea moștenirii descendenților avea loc înainte de trei ani de la decesul părintelui, atunci soțul supraviețuitor avea dreptul la restituirea cheltuielilor ocazionate de înmormântare și de pomenire, dacă au fost suportate de acesta.⁵²

Art. 18 lit. c)⁵³ din Codul Caragea prevedea că, în cazul în care descendenții au decedat înainte de a împlini vârsta de 14 ani – băieții –, respectiv 12 ani – fetele – fie înainte sau după deschiderea moștenirii părintelui lor, succesiunea se împărțea în trei părți astfel: o treime revenea soțului supraviețuitor, în plină proprietate, însă în echivalent bănesc, o treime era atribuită ascendenților, iar în lipsă colateralilor, până la gradul al 6-lea inclusiv⁵⁴, respectiv o treime era consacrată sufletului defunctului, această ultimă parte fiind luată de rudele de sânge ale defunctului pentru îngrijirea sufletului⁵⁵.

În situația în care nu existau rude de sânge, soțul supraviețuitor culegea întreaga avere, dispozițiile fiind asemănătoare, sub acest aspect, cu *bonorum possessio unde vir et uxor* instituit de pretor în dreptul roman

⁵¹ Mircea Dan BOB, *op.cit.*, p. 64.

⁵² Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 73.

⁵³ Din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” din Ion PALADE, *op.cit.*, p. 83.

⁵⁴ Conform art. 15 din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” din Ion PALADE, *op.cit.*, p. 80.

⁵⁵ Mircea Dan BOB, *op.cit.*, p. 64.

clasic⁵⁶. De asemenea, colateralii de gradul IV aveau, potrivit art. 18 lit. c)⁵⁷, dreptul de a „răscumpăra căminul neamului”⁵⁸. În absența oricăror succesibili, moștenirea era atribuită Cutiei Milelor, potrivit art. 24⁵⁹.

Conform art. 23,⁶⁰ dacă defunctul nu a lăsat descendenți nici din căsătoria cu soțul supraviețuitor și nici din altă legătură, iar căsătoria lor a durat mai mult de zece ani, atunci soțul supraviețuitor (femeie sau bărbat) moștenește a șasea parte din succesiune, restul fiind atribuit celorlalte rude. Textul nu face nicio referire la situația în care soțul supraviețuitor vine la moștenire în concurs cu descendenți născuți din altă căsătorie. La o analiză superficială, am putea fi tentați să aplicăm și în acest caz dispozițiile art. 17 lit. k)⁶¹ care acordă soțului supraviețuitor o parte virilă în uzufruct în concurs cu

⁵⁶ Alexandru OTETELIȘANU, *op.cit.*, p. 56.

⁵⁷ Din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” din Ion PALADE, *op.cit.*, p. 83.

⁵⁸ Considerăm că acordarea acestui drept poate fi explicată prin istoria poporului potrivit căreia, de regulă, numele unei familii era atribuit în funcție de pământul unde-și stabilea căminul, motiv pentru care rudele de sânge, inclusiv colateralii, par a fi îndreptățiți să-l aibă în proprietate, în schimbul unei sume de bani și pentru a preveni ca acesta să iasă din familia de origine. Ion PALADE, *op.cit.*, nota 1, p. 85. Totodată, în considerarea privilegiului masculinității, dar și pentru a preîntâmpina ieșirea din patrimoniul familial, potrivit art. 20 din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” *Ibidem*, „se protisimește partea bărbătească plătind cu bani la partea femeiască”, indiferent dacă erau descendenți, ascendenți sau colaterali, în privința transmiterii *mortis causa* a căminului neamului.

⁵⁹ Din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” din Ion PALADE, *op.cit.*, p. 86.

⁶⁰ Din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” *Idem*, pp. 85-86.

⁶¹ Din capitolul „Pentru moștenire sau clironomie”, secțiunea „Moștenire fără diată” din *Idem*, p. 82.

descendenții⁶². Însă articolul amintit distinge, în mod expres, între descendenți și face referire în conținutul său numai la cei rezultați din căsătoria cu defunctul. Or, nu credem că am putea extrapola acest text și la situația pe care o analizăm. Considerăm că soluția care își găsește suport legislativ, deși nu este, în realitate, cea mai echitabilă, este de a acorda întreaga succesiune descendenților, cu excluderea soțului. Opinia noastră se bazează pe dispozițiile art. 17 lit. j) care prevede „*Copiii vitregi de tată, moștenesc pe mamă, deopotrivă și pe tatăl fiecare deosebi pe al său*”,⁶³ dar și pe faptul că niciun text din Codul Caragea nu acoperă situația concursului dintre soțul supraviețuitor și copiii rezultați din altă căsătorie. Totodată, mențiunea expresă din cuprinsul art. 17 lit. k) („*are copii cu dânsa*”, respectiv „*are copii cu dânsul*”) ne conduce la concluzia că legiuitorul a dorit să-l înlăture de la succesiune pe soțul supraviețuitor, în acest caz.

Așadar, observăm că drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor nu erau influențate de situația economică a soților, ci de existența descendenților comuni, iar în lipsă, de durata căsătoriei⁶⁴. Alături de avantajele patrimoniale obținute pe tărâm succesoral, soțul supraviețuitor, cu precădere văduva, avea beneficii substanțiale din desfacerea regimului matrimonial.

⁶² Unii autori au ajuns la această concluzie eronată, din perspectiva noastră. A se vedea Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 74.

⁶³ Din capitolul „*Pentru moștenire sau clironomie*”, secțiunea „*Moștenire fără diată*” din Ion PALADE, op.cit., p. 82.

⁶⁴ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 77; Mihail ELIESCU, op.cit., p. 128.

3.3 Regimul matrimonial

Construită sub influență practicilor bizantine și a obiceiului pământului românesc,⁶⁵ Legiuirea Caragea a reglementat într-o manieră asemănătoare cu Pravilniceasca Condică **instituția zestrei**,⁶⁶ motiv pentru care vom face trimitere la aspectele invocate în secțiunea anterioară, urmând a puncta numai particularitățile introduse prin legislația din 1818.

La art. 9 din secțiunea „Zestre” a capitolului „*Contractul de căsătorie*” din Codul Caragea⁶⁷ se prevedea expres, pentru prima dată în legislația română, faptul că femeia era titulara dreptului de proprietate asupra bunurilor care formează obiectul zestrei⁶⁸. Se constată, așadar, că au început să se facă demersuri către emanciparea femeii, ținând la stabilirea unui echilibru între drepturile partenerilor din căsătorie. Cu titlu de exemplu, jurisprudența Casației statuează că înlocuirea unui bun dotal cu un altul opera numai cu consimțământul femeii, „*stăpână a zestrei*”.⁶⁹

Prin încheierea căsătoriei, bărbatul devenea posesorul și administratorul zestrei (având statutul juridic al unui uzufructuar),⁷⁰ femeia păstrând nuda proprietate și beneficiind numai de fructele anuale produse de aceste bunuri⁷¹.

⁶⁵ Ion PALADE, *op.cit.*, p. XIV; Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 136.

⁶⁶ Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 136.

⁶⁷ Articolul conține definiția dotei: „*Zestre se zice averea femeii ce la căsătorie dă bărbatului ei, cu tocmeala ca ea să fie stăpână zestrei totdeauna, iar el să 'i ia venitul totdeauna.*”.

⁶⁸ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 162.

⁶⁹ Cas. I 573/900 *apud* Ion PALADE, *op.cit.*, p. 54.

⁷⁰ În cazul lucrurilor „*prețuite*”, adică evaluate, proprietatea se transferă, cu titlu de excepție, bărbatului, conform art. 28 din capitolul „Zestre” *Idem*, p. 58.

⁷¹ Art. 11 din capitolul „Zestre” din *Idem*, p. 54.

Asemenea dispozițiilor cuprinse în Pravilniceasca Condică, Codul Caragea conține un capitol dedicat zestrei, însă, de această dată, se prevedea expres faptul că tatăl fetei avea obligația legală de a o înzestra, iar după decesul său, obligația era transmisă fraților care, în lipsa resurselor financiare din avutul părintesc, erau datori să contribuie cu bunurile proprii la constituirea zestrei⁷². Obligația fraților de a constitui dota surorilor era justificată prin normele de drept succesoral care înlăturau de la moștenire fetele înzestrate. Iar în cazul în care fetele erau neînzestrate, ele aveau calitate succesorală și dobândeau o șesime din averea părinților⁷³.

Caracterul inalienabil al zestrei a rămas definitiv și în Codul Caragea, însă de această dată el a fost întărit⁷⁴. Potrivit art. 32 din capitolul „Zestre” *„Nici bărbatul nici muierea nu pot să vândă, să o zălogească, sau să o dăruiască.”*⁷⁵ Excepțiile de la această regulă se încadrează în două categorii. Pe de-o parte,, se permitea înstrăinarea bunurilor în cazuri în care familia întâmpină probleme juridice sau de sănătate, ori bunul a devenit inutil sau păgubitor⁷⁶. Pe de altă parte,, s-a permis derogarea de la aceasta prin stipularea unei clauze convenționale⁷⁷. În același sens: *„Dacă în principiu, sub imperiul legiurii Caragea ca azi, dota este inalienabilă, însă prin nici un text legiuitorul nu împiedică în această privință libertatea convențiilor, și nu*

⁷² Art. 12-14 din capitolul „Zestre” din *Idem*, pp. 55-56; Jurisprudența a stabilit că fratele era dator să își înzestreze sora pentru a putea încheia o căsătorie *„după bărbat de potrive și după cinstea ei”* Cas. I. 303/85 *apud Idem*, p. 56. Totodată, dreptul fraților fiind personal, nu trecea asupra moștenitorilor acestora. Cas. I. 281/87 *apud Ibidem*.

⁷³ Cas. I. 87/89 *apud* Ion PALADE, *op.cit.*, p. 56.

⁷⁴ Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 136.

⁷⁵ Ion PALADE, *op.cit.*, pp. 58-59.

⁷⁶ Art. 33-35 din capitolul „Zestre” *Idem*, p. 59.

⁷⁷ Cas. I. 428/92 *apud Ibidem*.

*oprește pe părțile ce constituiesc zestrea de-a alege regimul ce convine mai bine soților, sau de-a stipula modalitățile ce le cred de cuviință și prin urmare și dreptul de-a înstrăina dota*⁷⁸.

La decesul bărbatului, „mujerea rămâne de sineși stăpână pe zestrea ei”⁷⁹. Așadar, dreptul de proprietate al soției supraviețuitoare se reîntregea, prin stingerea uzufructului viager constituit în beneficiul soțului.

În situația predecesului soției, soțul supraviețuitor este dator să remită bunurile dotale descendenților defunctei, iar în lipsa acestora, „de se vor așeza, ca murind mujerea fără moștenitor, să moștenească bărbatul toată zestrea mujerii, sau o parte, să urmeze întocmai după așezământ, și celelalte.”⁸⁰

Conform art. 44 din Partea a III-lea, capitolul „Pentru exoprică” din Codul Caragea, femeia căsătorită rămânea titulara dreptului de proprietate asupra bunurile personale (parafernă sau exoprică), cu condiția ca bărbatul să aibă cunoștință despre acestea⁸¹. Astfel cum s-a susținut în doctrină, parafernalityatea patrimoniului femeii reprezinta dreptul comun, iar excepția era constituită din dotalitate⁸². Contra-zestrea are o secțiune dedicată în Codul Caragea, sub denumirea de „darurile dinaintea nunții”. Caracterizată de inalienabilitate, precum zestrea, contra-zestrea revenea, la decesul bărbatului, descendenților, iar în lipsă, moștenitorilor defunctului, în cazul în

⁷⁸ Cas. I. 184/901 *apud* Ion PALADE, *op.cit.*, p. 55.

⁷⁹ Art. 39 din capitolul „Zestre” din *Idem*, p. 60.

⁸⁰ Art. 24 din capitolul „Zestre” din *Idem*, pp. 57-58.

⁸¹ Cas. I. 59/903, respectiv Cas. I. 348/64 *apud Idem*, pp. 61-62.

⁸² Cristina-Mihaela NICOLESCU, *Incursiune în evoluția istorică a regimurilor matrimoniale. Privire specială asupra originii și evoluției convenției matrimoniale*, Analele Universității București nr. 37/2009, p. 60.

care femeia se recăsătoria în anul de doliu⁸³. Dacă soția supraviețuitoare se recăsătorea în afara anului de doliu sau își păstra statutul de văduvă, beneficia de uzufructul darurilor dinaintea nunții, nuda proprietate fiind atribuită descendenților⁸⁴. În lipsă de descendenți, soția supraviețuitoare dobândea plina proprietate asupra contra-zestrei⁸⁵.

3.4 Concluzii parțiale

Prin urmare, din expunerea pe care am făcut-o, se poate observa că soția supraviețuitoare este protejată atât de normele dreptului succesoral care îi atribuiau calitate succesorală inclusiv în concurs cu descendenții, cât și de dispoziții referitoare la regimul dotal care, conferind un caracter inalienabil dotei și contra-zestrei, garantau⁸⁶ reconstituirea dreptului de proprietate asupra zestrei și dobândirea contra-zestrei, în cazul predecesului bărbatului.

⁸³ Art. 11 din capitolul „*Pentru darurile dinaintea nunții*” din Ion PALADE, *op.cit.*, p. 78.

⁸⁴ Art. 12 din capitolul „*Pentru darurile dinaintea nunții*” *Ibidem*.

⁸⁵ Art. 12 din capitolul „*Pentru darurile dinaintea nunții*” *Ibidem*.

⁸⁶ Restituirea dotei era garantată, potrivit jurisprudenței și de alte mecanisme juridice: „*Legiuitorul Caragea când a acordat femeii autorizarea de a ’și asigura zestrea prin ipotecă asupra unui imobil, a avut în vedere dreptul de preferință acordat zestrei față cu creditorii ipotecari ai soțului; prin urmare a considerat ipoteca ca mai asigurătoare pentru femei, decât simplul privilegiu a preferinței neinvestită ca ipoteca, cu dreptul de urmărire.*” Cas. I. 257/67 *apud* Ion PALADE, *op.cit.*, p. 60.

4 Manualul de legi al lui Andronache Donici

4.1 Generalități

Manualul lui Andronache Donici a fost tipărit la Iași în anul 1814 și a fost în vigoare în Moldova până la adoptarea Codului Calimach, în 1817⁸⁷. În practică, Manualul lui Andronache Donici a fost utilizat până la publicarea traducerii în limba română a Codului Calimach, în anul 1831⁸⁸. De asemenea, acest manual de legi s-a aplicat și în centrul și nordul Basarabiei, în județele Hotin, Soroca, Bălți, Orhei, Lăpușna și Tighina, Codul civil rus fiind utilizat în aceste regiuni numai în subsidiar⁸⁹.

4.2 Moștenirea legală – reguli generale și situația soțului supraviețuitor

După modul în care Capitolul XXXVII („Despre moștenirea cea fără dieată”) prezintă persoanele care aveau vocație succesorală la moștenirea legală a defunctului, putem deduce că dreptul roman postclasic a reprezentat, fără îndoială, un veritabil izvor de drept, alături de legile inspirate de la bizantini⁹⁰.

Conform art. 2 din cap. XXXVII coroborat cu art. 12 din cap. XXX, văduva care își menținea statutul social și nu contracta o nouă căsătorie dobândea, în concurs cu descendenții, o parte virilă în plină proprietate. Sub

⁸⁷ Gr. C. CONDURATU, *op.cit.*, p. 56.

⁸⁸ Mircea Dan BOB, *Familie și moștenire în România, op.cit.*, p. 65.

⁸⁹ C. GEORGESCU-VRANCEA, *Dreptul local basarabean menținut prin Legea de extindere din 4 aprilie 1928*, în *Pandectele Române* 1934.IV.34.

⁹⁰ Gr. C. CONDURATU, *op.cit.*, p. 56.

aspectul cuantumului și al naturii drepturilor succesoriale ale văduvei,⁹¹ dorim să subliniem asemănarea dispozițiilor din Manualul lui Andronache Donici cu reglementările cuprinse în Legea celor XII table privitoare la femeia căsătorită *cum manu*.⁹²

Art. 6 din cap. XXXVII adăuga condiția decesului descendenților în copilărie pentru păstrarea drepturilor succesoriale în proprietate⁹³. Dacă văduva se recăsătorea, aceasta „*avea numai rodurile pe timpul vieții sale, cu îndatorirea de a păstra fondul pentru frații și surorile mortului*”,⁹⁴ deci nuda proprietatea a bunurilor rămânea în familia de sânge a defunctului, soția supraviețuitoare beneficiind numai de folosința acestora pe perioada vieții sale.

În privința soțului supraviețuitor, art. 2 din cap. XXXVII prevedea: „*bărbatul murindu-i femeia (...) va lua dintru ale femeii parte ca unul dintre fii, a căruia parte rodurile le va lua în viață, rămânând după moarte fiilor*”. Așadar, în concurs cu descendenții și sub rezerva neîncheierii unei alte căsătorii, bărbatul beneficia de o parte virilă în uzufruct, nuda proprietate fiind menținută în patrimoniul copiilor.

În cazul în care femeia contracta o nouă căsătorie după desfacerea celei anterioare prin decesul partenerului său, potrivit art. 12 din cap. XXXVII, descendenții puteau solicita restituirea drepturilor succesoriale dobândite, lăsându-i acesteia numai zestrea și darurile dinaintea nunții

⁹¹ Cu excepția restrângerii drepturilor în situația supraviețuirii copiilor.

⁹² Pentru detalii, a se vedea *supra*.

⁹³ Mircea Dan BOB, *Familie și moștenire în România, op.cit.*, p. 65; ANDREI RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor, op.cit.*, p. 71.

⁹⁴ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor, op.cit.*, p. 71.

(donațiile *ante nuptias*)⁹⁵. Aceeași decădere opera și pentru bărbat, în condițiile art. 9 din cap. XXXVII⁹⁶.

Observăm, așadar, că drepturile succesoriale erau reciproce, însă întinderea și natura acestora difereau în funcție de soțul care deceda cel dintâi.

Manualul lui Andronache Donici nu utiliza drept criteriu de acordare a drepturilor succesoriale starea de avuție a soțului sau a soției supraviețuitoare. Totuși, existau unele dispoziții care făceau trimitere la zestre ori la situația patrimonială a văduvei. Astfel, art. 8 din cap. XXXIII prevedea că văduva care nu a primit zestre, iar ulterior decesului soțului său rămânea într-o stare de sărăcie, moștenea o pătrime din succesiune în concurs cu cel mult trei descendenți și o parte virilă dacă din căsătoria celor doi au rezultat mai mult de trei copii⁹⁷. Comparând situația văduvei bogate și a celei sărace și neînzestrate, în ipoteza concursului cu trei sau mai puțini descendenți, se remarcă faptul că văduva săracă ia mai puțin (o pătrime) decât cea bogată (o parte virilă). Or, o astfel de abordare s-a considerat că este injustă, întrucât văduva săraca avea mai mare nevoie de un sprijin financiar consistent, pravila fiind inconsecventă sub acest aspect⁹⁸.

De asemenea, dacă unul dintre partenerii înzestrați deceda, iar unicul descendent murea la scurt timp, conform art. 5 din cap. XXXVII, masa succesorală se împărțea în trei părți: o parte se cuvenea părintelui copilului decedat, a doua părinților defunctului soț, iar cea de-a treia parte era dedicată

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Alexandru OTETELIȘANU, *op.cit.*, p. 50.

⁹⁷ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 71; Alexandru OTETELIȘANU, *op.cit.*, p. 51.

⁹⁸ Alexandru OTETELIȘANU, *op.cit.*, p. 51.

pentru pomenirea lui *de cuius*⁹⁹. În cazul în care femeia supraviețuia bărbatului, aceasta dobânda partea sa în plină proprietate, iar dacă se recăsătorea, beneficia numai de dreptul de uzufruct, nuda proprietate a bunurilor din masa succesorală revenind colateralilor privilegiați ai copilului decedat¹⁰⁰.

Văduva neînzestrată care venea la succesiune împreună cu trei sau mai puțini colateralii privilegiați ai defunctului sau cu ceilalți colaterali ori cu alte rude¹⁰¹ dobânda, potrivit art. 8 din cap. XXXVII, o pătrime din masa succesorală, iar în concurs cu mai mult de trei succesori, soția supraviețuitoare primea o parte egală cu a unui frate. Cu toate că acest text legal nu condiționa nașterea dreptului de o situație economică precară a soțului supraviețuitor, doctrina a statuat în sensul menținerii dreptului numai în beneficiul văduvei sărace¹⁰². Totodată, art. 8 nu făcea nicio precizare privitoare la interdicția contractării unei noi căsătorii, însă jurisprudența a statuat că fundamentele religioase și morale care dictau menținerea bunurilor în familia de sânge se mențineau și în cazul concursului soțului supraviețuitor cu colateralii, motiv pentru care acesta pierdea drepturile succesoriale prin recăsătorire¹⁰³.

⁹⁹ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 72.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Cu toate că textul nu prevede expres, doctrina a fost de părere că aceleași dispoziții se aplică și în situația concursului văduvei cu alte rude. A se vedea, *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Cas. I, dec. 879/ 1 mai 1924, Pandectele române 1925.I.33, Nota A. Rădulescu. Pentru o opinie contrară, a se vedea Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, op.cit., p. 72.

Potrivit art. 9 din cap. XXXVI, în lipsă de alți succesibili cu vocație la moștenire, soția supraviețuitoare primea o jumătate din masa succesorală, iar diferența revenea fîscului.

4.3 Regimul matrimonial

Regimul dotal era consacrat și de dispozițiile Manualului lui Andronache Donici. Potrivit art. 17 coroborat cu art. 33 din cap. XXX, zestrea era atribuită, pe durata căsătoriei, în folosința soțului, veniturile obținute fiind dirijate către acoperirea cheltuielilor menajului comun. La decesul soțului, văduva își reîntregește dreptul de proprietate asupra dotei, astfel cum prevede art. 19 din cap. XXXIII.

Averea parafernala a femeii rămânea în proprietatea deplină a sa, aspect care era, așa cum am văzut, constant în vechiul drept românesc.

4.4 Concluzii parțiale

În concluzie, drepturile soțului supraviețuitor reglementate de Manualul lui Andronache Donici depindeau de încheierea unei noi căsătorii, precum și de starea economică a soților. Spre deosebire de Codul lui Ipsilanti, aceste dispoziții nu condiționau nașterea drepturilor succesoriale de existența descendenților, însă cuantumul lor depindea de numărul acestora. Reciprocitatea drepturilor era numai parțială, diferențe remarcându-se în privința naturii drepturilor de moștenire ale soților.

5 Codul Calimach

5.1 Generalități

În spiritul îndreptat către codificare care domina Europa secolului al XIX-lea,¹⁰⁴ domnul Moldovei, Scarlat Calimach a promulgat prin hrisovul din 1 iulie 1817 *Codica Țivilă a Moldovii* (cunoscută sub numele de Codul Calimach). Legea civilă a Moldovei s-a aplicat timp de 48 ani și 2 luni, respectiv din 1 octombrie 1817 și până în 1 decembrie 1865, dată la care a intrat în vigoare Codul civil Cuza. Desigur, situațiile născute sub imperiul Codului Calimach urmau să fie soluționate după respectivele reguli de drept material, chiar și după 1 decembrie 1865.

Importanța existenței unor legi scrise, cu precădere a dispozițiilor cuprinse în Codul civil, reiese din hrisovul de promulgare: *„legile contribuesc mai mult de cât ori-ce la fericirea omului, împiedicând sila și distribuind tuturor o dreaptă egalitate (...) pentru care am găsit de cuviință a alcătui mai întâi un cod civil, ca unul ce este mai de trebuință de cât cele-lalte părți ale legislației.”*¹⁰⁵

În privința izvoarelor Codului Calimach, în același hrisov se menționează: *„Incepend dar lucrul, l-am și sevîrșit cu ajutorul lui D-zeu, ce este pricinuitorul tuturor bunătăților, avend de temeiul Basilicalele, care la începutul veacului al XV^{-le} s’au adus la noi de fericitul întru pomenire*

¹⁰⁴ Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach*, ed. Academiei Republicii Populare Romîne, București, 1958, p. 3.

¹⁰⁵ Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul I, ed Universul Juridic, București, 2017, p. 19.

Alexandru I cel bun. Fiind, însă, că din Basilicale lipsesc nu numai capituri și titluri, ci cărți întregi desființate de timp cu mai multe alte bune și frumoase scrieri ale antichității, precum se cunoaște de către filosofi, am îndeplinit lipsele, culegând din Novele și cele-lalte cărți de legi, de care s'au slujit și luminații Domni, predecesorii noștri. (...) Apoi, s'au mai adăogit la locurile cuvenite și obiceiurile pământului care, cercetându-se după a noastră poruncă și găsindu-se de cuviință în adunările convocate spre acest sfârșit, s'au cinstit cu vrednicia de a remânea legi."¹⁰⁶ Opiniei exprimate de profesorul Triandaphylopoulos,¹⁰⁷ i se alătură și cea formulată de maestrul Dimitrie Alexandresco¹⁰⁸ potrivit căreia, alături de izvoarele menționate în hrisovul de promulgare, se numără și Codul civil austriac din 1811¹⁰⁹. O altă opinie, susține că izvoarele Codului Calimach sunt prevederile din dreptul roman, greco-roman, în special Basilicalele, precum și obiceiul pământului¹¹⁰. Totodată, s-a susținut asemănarea dintre Codul Calimach și Legiuirea Caragea („*regăsim dispozițiuni aproape identice cu cele din legiuirea Caragea*"¹¹¹).

¹⁰⁶ Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiunea*, Tomul I, *op.cit.*, pp. 19-20.

¹⁰⁷ Andrei RĂDULESCU, *Izvoarele Codului Calimach*, Analalele Academiei Române, Mem. Secț. Ist. S. III, tom VIII, p. 63 și urm. *apud* Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach*, *op.cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiunea*, Tomul I, *op.cit.*, p. 20.

¹⁰⁹ Totodată, un alt autor susține că acest cod de legi „*prevede mesuri mai potrivite și mai întregi (prin comparație cu dispozițiile lui Andronache Donici – s.n.), luate și din codul austriac*”. Gr. C. CONDURATU, *op.cit.*, p. 56.

¹¹⁰ Pentru detalii, a se vedea Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach*, *op.cit.*, pp. 17-26.

¹¹¹ Nicolae ALEXANDRESCO, *op.cit.*, p. 77.

5.2 Moștenirea legală – reguli generale și situația soțului supraviețuitor

În continuare, vom explica care sunt drepturile succesoriale ale soțului supraviețuitor în temeiul pravilei pe care o studiem.

Conform art. 941 din Codul Calimach, dacă ulterior decesului unuia dintre părinți, descendenților li se deschidea succesiunea înainte de a împlini vârsta de 14 ani pentru băieți și 12 ani pentru fete, moștenirea defunctului se împărțea, în mod egal, între soțul supraviețuitor și ascendenții întâiului decedat. Textul legal nu făcea nicio mențiune cu privire la natura dreptului succesoral al soțului supraviețuitor, însă din interpretarea sistemică a dispozițiilor din Codul Caragea, opinăm că era vorba despre un drept în plină proprietate¹¹².

În cuprinsul art. 957 din Codul Calimach se statuează, cu titlu de principiu, că soțul supraviețuitor (atât femeia, cât și bărbatul) care avea copii și nu se recăsătorea va dobândi, cu titlul de moștenire legală, o parte virilă în uzufruct (*„parte cât un copil, spre întrebuințare numai”*). Acest articol nu distingea între categoria descendenților, însă, astfel cum vom vedea, art. 957 are în vedere numai situația copiilor rezultați din căsătoria soțului supraviețuitor cu defunctul¹¹³.

¹¹² Art. 960 din Codul Calimach acorda soțului supraviețuitor care venea la moștenire în concurs cu descendenți rezultați din altă căsătorie, precum și cu alte rude ale defunctului, un drept în plină proprietate, aspecte care considerăm că pot fi aplicate *mutatis mutandis* și în cazul prevăzut la art. 941.

¹¹³ În același sens, Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 74.

În situația în care soțul supraviețuitor (femeie sau bărbat) era bogat și n-a adus zestre la căsătorie, în cazul femeii, respectiv nu a oferit contra-zestre sau donație *ante nuptias*, în beneficiul soției, pierdea orice drept succesoral, astfel cum dictează dispozițiile art. 958. Din interpretarea *per a contrario* a acestui text de lege, rezultă că văduva bogată, dar care a contribuit cu zestre la momentul căsătoriei, soțul supraviețuitor care a constituit o donație *ante nuptias* aveau calitate succesorală, fiind excluși de la aplicarea acestei situații de excepție.

Potrivit art. 959 din Codul Calimach, dacă din căsătoria văduvei sărace cu defunctul au rezultat trei sau mai puțini descendenți, atunci soția supraviețuitoare dobândea, în uzufruct, o pătrime din masa succesorală, iar dacă s-au născut mai puțin de trei copii, atunci drepturile sale succesoriale erau constituite dintr-o parte virilă, în uzufruct¹¹⁴. Textul restrângea analiza numai la situația văduvei sărace¹¹⁵. Doctrina s-a pronunțat cu privire la acest aspect și a susținut că „*Dreptul văduvei sărace trebuie recunoscut și bărbatului sărac, în aceeași proporție față de numărul copiilor*”¹¹⁶. Totodată, s-a afirmat că soluția poate fi transpusă *mutatis mutandis* și în cazul soțului supraviețuitor bogat și care fie a adus zestre, fie a oferit contra-zestre¹¹⁷.

¹¹⁴ În acest caz, drepturile succesoriale ale văduvei sărace erau aceleași precum cele prevăzute în Codul lui Andronache Donici. Alexandru OTETELIȘANU, *op.cit.*, p. 53.

¹¹⁵ Art. 959-960 au fost criticate de doctrină, susținându-se că drepturile soțului supraviețuitor sărac erau, în realitate, incluse în articolele precedente, motiv pentru care nu se impunea această precizare privitoare la avere. Totodată, s-a remarcat că, asemenea dispozițiilor Codului lui Andronache Donici, în concurs cu mai puțin de trei descendenți, drepturile văduvei sărace erau cantitativ mai reduse, spre deosebire de cea bogată. *Ibidem*.

¹¹⁶ Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 75.

¹¹⁷ *Idem*, p. 74.

Întrebarea care s-a pus a fost în ce măsură dreptul soțului supraviețuitor, prevăzut de acest articol, subzistă în cazul în care „unul din însoțiți” se recăsătorește. Practica judiciară a decis că soția supraviețuitoare săracă „nu pierde dreptul de a moșteni pe soțul său încetat din viață, din cauză că s-ar fi recăsătorit. Recăsătorirea nu ridică dreptul decât soțului bogat.”¹¹⁸ Considerăm că este nu este justă motivarea instanței, întrucât rațiunea pentru care s-a instituit interdicția încheierii unei noi căsătorii se menținea intactă și în acest context. De asemenea, prevederile art. 957 constituie regula care guverna materia drepturilor succesoriale ale soțului supraviețuitor, motiv pentru care opinăm că, și în acest context, se condiționa nașterea dreptului de neîncheierea unei noi căsătorii¹¹⁹. Un alt argument în susținerea poziției noastre se regăsește într-o decizie a instanței supreme din 1924 care interpretează textele legale din materia succesiunilor în sensul în care recăsătorirea ulterioară a soțului supraviețuitor îl decade din drepturile succesoriale și în situația în care vine la moștenirea defunctului în concurs cu colaterali¹²⁰.

¹¹⁸ Cas. Civ., dec. 394 din 20 octombrie 1869, Bul. Cas., 1869, p. 460 *apud* Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach, op.cit.*, p. 917. Aceeași concluzie o regăsim și în Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul III, ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 200.

¹¹⁹ În același sens, a se vedea Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor, op.cit.*, p. 74.

¹²⁰ Cas. Civ., dec. 879 din 21 mai 1924, Bul. Cas., 1924, p. 169 *apud* Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach, op.cit.*, p. 917.

Dacă femeia sau bărbatul sărac¹²¹ venea la moștenire în concurs cu descendenți rezultați din altă căsătorie, atunci în funcție de numărul copiilor, quantumul drepturilor succesoriale sunt identice cu cele de la art. 959, însă natura se modifică, de această dată drepturile fiind acordate în plină proprietate.

În lipsă de descendenți (din căsătoria cu defunctul sau din afara acesteia), soțul supraviețuitor sărac, în concurs cu alte rude, avea dreptul, conform art. 960, la o pătrime din masa succesorală, în plină proprietate. În acest caz, s-a susținut că soțul supraviețuitor nu mai era condiționat de necontractarea unei alte căsătorii¹²². Însă, potrivit hotărârii judecătorești citate anterior,¹²³ suntem de părere că și în această situație recăsătorirea soțului supraviețuitor declanșa decăderea acestuia din drepturile succesoriale, chiar dacă venea în concurs cu alte rude decât descendenții¹²⁴.

Asemenea dispozițiilor din Codul Caragea și sub influența regulii pretoriene *bonorum possessio unde vir et uxor*, în absența altor rude, astfel cum acestea erau enunțate în art. 942-956 din Codul Calimach, soțul supraviețuitor moștenește („bărbatul pe femeie și femeia pe bărbat”), conform art. 961, întreaga avere.

Corectivul care se aplica drepturilor succesoriale detaliate anterior era prevăzut de art. 964 din Codul Calimach, conform căruia moștenitorii erau

¹²¹ Soluția este identică și dacă soțul supraviețuitor este bogat și a constitui zestre, respectiv a dăruit contra-zestre. Andrei RĂDULESCU, *Dreptul de moștenire al soțului supraviețuitor*, *op.cit.*, p. 75.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Cas. Civ., dec. 879 din 21 mai 1924, Bul. Cas., 1924, p. 169 *apud* Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach*, *op.cit.*, p. 917.

¹²⁴ În același sens, a se vedea Mircea Dan BOB, *op.cit.*, p. 68.

obligăți „să săvârșească grijele morților, potrivit după rangul li starea lor prin știrea arhiereului”. În mod excepțional, persoana care beneficia de restituirea zestrei (dacă, prin ipoteză, nu avea vocație succesorală în moștenirea femeii) avea datoria, conform art. 1654, de a face „după cuviință cheltuielile îngropării și a grijilor obscinite”. Obligația incumba în integralitate soțului supraviețuitor dacă femeia era neînzestrată și săracă.

Potrivit art. 962, moștenirea vacantă era atribuită în proporție de două treimi „caselor publice, cum sînt școli, spitaluri, Casa sărăimanilor, orfanotrofii, cutia mililor și celelalte lucruri folositoare obștii”, iar o treime era dedicată pentru pomenirea defunctului.

5.3 Regimul matrimonial

În privința raporturilor patrimoniale dintre soți, Codul Calimach dedică un capitol zestre (Capitolul al treizeci și doi – „Pentru zăstre”) și unul contra-zestre (Capitolul al treizeci și patru – „Pentru darul nuntesc adecă pentru contra-zăstre și pentru ipovolon (văduvăritul)”). Codul Calimach consacră, astfel cum au făcut-o și pravilele anterioare, regimul dotal ca regim matrimonial tradițional, unicul aplicabil în vechiul drept românesc¹²⁵.

În cele ce urmează, vom analiza, pe rând, zestrea și contra-zestrea pentru a sublinia particularitățile Codului Calimach, dar și pentru a puncta zonele de suprapunere cu dispozițiile prevăzute de alte pravile din vechiul drept românesc.

Ulterior formulării unei definiții în cuprinsul art. 1622, art. 1623 din Codul Calimach instituie obligația de a înzestra în sarcina tatălui și a bunicului patern al fetei, iar cu titlu de excepție și în cazuri bine definite, în sarcina

¹²⁵ Cristina-Mihaela NICOLESCU, *op.cit.*, p. 57.

mamei biologice sau adoptatoare. Observăm că, spre deosebire de reglementarea prevăzută în Codul Caragea, în situația în care persoana obligată să acorde zestre decedează înainte de încheierea căsătoriei, potrivit art. 1631 din Codul Calimach, obligația se transmite moștenitorilor promitentului care puteau fi, de pildă, unchi, frați, nepoți în relație cu viitoarea soție, iar nu exclusiv fraților acesteia, precum stabilea Legiuirea Caragea. Rațiunea pentru care această din urmă codificare transferă obligația de înzestrare colateralilor era dată de înlăturarea fetelor înzestrate de la succesiune. În schimb, Codul Calimach chema la moștenire, în prima clasă, descendenții defunctului „fără deosebire de partea bărbătească și femeiască” (art. 916 Cod Calimach)¹²⁶. Prin urmare, în Moldova, obligația de a înzestra făcea parte din pasivul succesoral, transmitându-se moștenitorilor după regulile de drept comun.

Dacă în Codul Caragea se menționa expres că femeia era titulara dreptului de proprietate asupra zestre, reglementarea din Moldova nu expunea acest lucru *expressis verbis*. Cu toate acestea, similar legiuirii din Țara Românească, art. 1634 și art. 1636 din Codul Calimach atribuiau proprietatea „lucrurilor mișcătoare ale zăstriei” și care au fost „prețăluite” bărbatului. În privința acestor bunuri, soțul era considerat cumpărător. Prin urmare, evaluarea bunurilor era echivalentă cu operațiunea juridică de vânzare-cumpărare,¹²⁷ asemănător ritualului de încheiere a căsătoriei care

¹²⁶ A fost susținută și opinia potrivit căreia femeile înzestrate erau înlăturate de la succesiunea ascendenților. Expunerea a avut la bază articolul din Codul Calimach care exonera femeia care a primit dotă de la raportul zestre. Dimitrie ALEXANDRESCO, *Principiile dreptului român*, vol. I, ed. Atelierele grafice SOCEC & Co, București, 1926, p. 240.

¹²⁷ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 166.

presupunea, în realitate, tot o astfel de tranzacție încheiată cu rudele femeii¹²⁸. Potrivit art. 1636 teza II, returnarea zestrei evaluate se efectua prin echivalent, adică la prețul la care aceasta a fost prețuită la momentul constituirii, fapt ce probează, încă o dată, transferul dreptului real de proprietate în beneficiul bărbatului.

Bunurile imobile și cele de „*sineși mișcătoare ale zestre*” nu erau supuse evaluării, astfel încât, potrivit art. 1637 din Codul Calimach, bărbatul dobânda folosința bunurilor și culegea fructele, în timp ce dreptul de nudă-proprietate rămânea în patrimoniul femeii care beneficia și de „*sporirea zăstriei*”.

Caracterul inalienabil al zestre se păstrează și în Codul Calimach. Conform art. 1641-1643, femeia avea dreptul de a dispune de bunurile care formau fondul imobiliar dotal numai în cazuri stricte, expres prevăzute de lege și care includeau rezolvarea unor probleme financiare sau juridice ale soției,¹²⁹ precum și obținerea unor venituri mai profitabile sau asigurarea mijloacelor de existență pentru descendenții rezultați din altă legătură ori pentru alte rude. Desigur, textele indicate nu distingeau în funcție de categoria bunurilor, însă dintr-o interpretare sistemică a dispozițiilor Codului Calimach reiese că numai bunurile neevaluate rămân în proprietatea femeii, iar acestea includ imobilele și cele de „*sineși mișcătoare ale zestre*”. Cu privire la celelalte bunuri, bărbatul are exercițiul atributului de dispoziție, putând dispune

¹²⁸ A se vedea Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 131.

¹²⁹ În același sens s-a pronunțat și Curtea Supremă în Cas. Civ., dec. 212 din 17 iunie 1996, Bul. Cas., 1886, p. 509 *apud* Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach, op.cit.*, p. 933.

discreționar de acestea, sub rezerva că, la desfacerea căsătoriei, va fi obligat la restituirea prețului la care au fost evaluate.

În cazul desfacerii căsătoriei prin decesul unuia dintre parteneri, art. 1649 prevedea că zestrea era restituită în natură sau prin echivalent, în acest din urmă caz dacă bunul dotal a fost înstrăinat sau fiind consumptibil și-a epuizat substanța. Observăm că, în privința transformării, vânzării ori înlocuirii¹³⁰ bunurilor dotale avea loc o subrogație reală cu titlu particular¹³¹. Prin acest mecanism se asigura garantarea restituirii dotei, femeia fiind protejată în fața unor posibile abuzuri din partea soțului său. Art. 1653 ne lămurește cu privire la persoanele obligate la „întoarcerea zăstriei”, însă Codul Calimach este deficitar în expunerea detaliată a cazurilor de restituire a zestre și a persoanelor obligate la aceasta, rezumându-se la enumerarea succintă a acestor persoane în art. 1656. Sub acest aspect, considerăm că se pot aplica *mutatis mutandis* observațiile făcute în secțiunea dedicată Legiuirii Caragea.

Femeia rămânea proprietara bunurile parafernale,¹³² având capacitate juridică deplină,¹³³ iar bărbatul era prezumat legal ca fiind mandatarul acesteia, în lipsă de dispoziție contrară. Dispozițiile art. 1663 din Codul

¹³⁰ Jurisprudența a statuat că „înlocuirea unui bun dotal de către bărbat în timpul căsătoriei, printr-un al imobil, a fost permisă după Codul Calimach”. Cas. Civ., dec. 35 din 31 ianuarie 1879, Bul. Cas., 1879, p. 30 *apud* Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach, op.cit.*, p. 933.

¹³¹ Paul POPOVICI, *op.cit.*, p. 163. Autorul afirmă că achiziționarea unui imobil din bani aparținând fondului dotal conducea automat la includerea bunului în zestre.

¹³² Bunurile parafernale erau definite la art. 1658 și cuprindeau, alături de bunuri proprii ale femeii din momentul căsătoriei, și acelea dobândite de această prin moștenire, legat, donații sau „*prin alte chipuri legiuite*”.

¹³³ Dimitrie ALEXANDRESCO, *Explicațiunea teoretică și practică a dreptului civil român*, Tomul I, *op.cit.*, p. 750.

Calimach prevedeau, similar cu Legiuirea Caragea, îndatorirea femeii ori a moștenitorilor acesteia de a-l informa pe bărbat cu privire la bunurile proprii aduse în locuința comună.

Contra-zestrea avea o reglementare complexă în Codul Calimach. Spre deosebire de Legiuirea Caragea, persoanele cărora le încumba obligația civilă de a înzestra fetele erau, potrivit art. 1670, datoare de oferi contra-zestre băieților. Așadar, prin coroborarea acestui articol cu art. 916 și art. 1623, se poate explica aplicarea principiului egalității între descendenții aparținând clasei I.

Pe perioada vieții, femeia nu avea niciun drept efectiv sau direct asupra bunurilor din fondul contra-zestrei (art. 1672)¹³⁴.

Văduva care se recăsătorea cu respectarea anului de doliu și care nu avea copii rezultați din căsătoria cu defunctul, dobândea, potrivit art. 150 din Codul Calimach, deplina proprietate asupra contra-zestrei. Iar dacă aceasta avea copii „nevârstnici”, conform art. 151 beneficia de „cîștigurile nuntești (...) pînă vor ajunge fiii în legiuita vîrstă”. Recăsătorirea văduvei în timpul anului de doliu ori nașterea de copii o la distanță mai mare de zece luni de la decesul soțului său conducea la pierderea tuturor drepturilor asupra contra-zestrei, astfel cum prevedeau art. 147 și art. 148.

În situația predecesului femeii, art. 1676 distingea în funcție de existența sau inexistența descendenților rezultați din căsătorie. Astfel, în prezența descendenților, nuda proprietate asupra contra-zestrei revenea acestora, bărbatul păstrând numai uzufructul. În lipsa rudelor din clasa I, contra-zestrea revenea bărbatului, ceilalți moștenitori neavînd niciun drept asupra acestor bunuri.

¹³⁴ Paul VASILESCU, *op.cit.*, pp. 136-137.

Pe lângă zestre și contra-zestre, în Moldova erau reglementate și ipovolonul și theoritrele. Suplinind lipsa de contra-zestre în cazul femeii dotate, ipovolonul reprezenta un beneficiu acordat văduvei, la origine matrimonial, dar cu efecte succesoriale, și constituia a treia parte din masa succesorală a defunctului său soț¹³⁵. Astfel cum am mai remarcat în cuprinsul praxiilor din vechiul drept românesc, văduva culegea numai uzufructul ipovolonului, nuda proprietate revenind descendenților (art. 1680 din Codul Calimach).

Theoritrele¹³⁶ reprezintă donațiile făcute de bărbat sau de rudele acestuia femeii, a doua zi după nuntă, „*pentru cinstea fecioriei*” (art. 1683 din Codul Calimach). La desfacerea căsătoriei, bunurile donate reveneau, conform art. 1686, femeii sau moștenitorilor ei, neexistând sub acest aspect situații de excepție în care bunurile se reîntorceau în patrimoniul constituitorului¹³⁷.

5.4 Concluzii parțiale

În concluzie, considerăm că instituția zestre și a contra-zestre au efecte de drept succesoral, destinate a „*umple vidul drepturilor văduvei sărace în Moldova*”¹³⁸. Dota, contra-zestrea, ipovolonul și theoritrele erau mecanisme legale care, la origine, au aparținut de domeniul extins al dreptului familiei, însă, în cazul desfacerii căsătoriei prin predecesul unuia dintre soți, produceau efecte pe tărâmul dreptului succesoral. Așadar, situația

¹³⁵ *Idem*, p. 137.

¹³⁶ Acest cuvânt este de origine grecească și semnifică „daruri de vedere”. Andrei RĂDULESCU, Alexandru COSTIN, Vasile GRECU, et. al., *Codul Calimach, op.cit.*, p. 575.

¹³⁷ Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 138.

¹³⁸ *Idem*, p. 137.

patrimonială a soțului supraviețuitor, cu precădere a văduvei, a fost influențată atât de regulile edictate de dispozițiile legale privind moștenirea *ab intestato*, cât și de cele privitoare la cele patru instituții ante-menționate, motiv pentru care le-am analizat în cuprinsul acestei secțiuni.

Din perspectiva regulilor de drept succesoral, soțul supraviețuitor beneficia, de regulă, de drepturi succesoriale în uzufruct care variau în funcție de categoria sau numărul moștenitorilor cu care venea în concurs. Totodată, recăsătorirea soțului supraviețuitor, nașterea de descendenți la un interval de peste zece luni de la decesul partenerului ori situația patrimonială erau elemente care contribuiau la determinarea cuantumului drepturilor succesoriale. Din cele prezentate, rezultă că dispozițiile Codului Calimach confereau drepturi de moștenire reciproce soților.

EFECTELE PATRIMONIALE ALE LIBERTĂȚII ÎN CODUL CIVIL ROMÂN

DOI: [10.24193/SUBBIur.64\(2019\).2.5](https://doi.org/10.24193/SUBBIur.64(2019).2.5)
Published Online: 2019-07-03

Dumitru Balea*

Motto: Conducătorii au legi la îndemână, poporul are înțelegeri¹.

Rezumat:

Contractul este vehiculul prin care dreptul subiectiv călătorește dintr-un patrimoniu în altul. Libertatea contractuală reprezintă puterea de a decide asupra păstrării ori expulzării dreptului, alegerii tipului de vehicul transportator, precum și a destinatarului. *Mortis causa*, libertatea succesorală este cea care angrenează transmisiunea drepturilor, dar trebuie văzut dacă este la fel de îngăduitoare ca libertatea contractuală ori este cantonată în făgașe mai înguste. Sunt cele două libertăți aplicații ale unei libertăți mai generale și anume ale libertății de a dispune ori este viceversa? Iar această libertate de a dispune ce presupune? Este esențial de etalat relația sa cu exercitarea propriu-zisă a drepturilor subiective patrimoniale și de observat dacă nu cumva se confundă. De asemenea, trebuie analizată eventualitatea unei libertăți de dispoziție asupra drepturilor extrapatrimoniale și conținutul acesteia.

Libertatea juridică dă sens responsabilității, care nu ar putea fi imaginată altfel decât în absența oricărei constrângeri a subiecților de drept. Libertatea

* Avocat în Baroul Maramureș, doctorand al Școlii doctorale de Drept a Universității Babeș-Bolyai, contact: dumitru.balea@law.ubbcluj.ro.

¹ Vechi proverb chinezesc, Dan Feno HENDERSON, Preston TORBERT, Xie HUAISHI, *Contract in the Far East – China and Japan*, in Arthur von MEHREN (ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, part 1, chapter 6, Tübingen: Mohr Siebeck, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 1976, p. 4.

contractuală s-a născut din preceptele morale care stau la temelia normelor, dar reglementarea în exces este posibil să fi perimat moralitatea libertății.

Cuvinte cheie:

libertate, libertate contractuală, libertate succesorală, libertatea de a testa, libertatea de a dispune.

PATRIMONIAL EFFECTS OF THE FREEDOM IN THE ROMANIAN CIVIL CODE.

Abstract:

The contract is the way subjective rights travel from a patrimony to another. Freedom of contract represents the power to decide either to keep or to expel the subjective rights, to choose the type of contract and the other contractor. *Mortis causa*, the freedom of testation is the one that engages the patrimonial translation. Are the two freedoms applications of the more general freedom of disposition? What is freedom of disposition? It is necessary to discover the link between freedom of disposition and the use of the rights, because there could be an overlay of one on top of the other. Also, not only the patrimonial rights can be the object of the freedom of disposition, despite the general perception.

Legal freedom gives meaning to legal responsibility, which cannot be imagined in the presence of constraint. Freedom of contract was born out of the moral precepts that funded the legal norms, but excessive regulation has overcome the morality of freedom.

Keyword:

freedom, contractual freedom, freedom of inheritance, freedom of testation, freedom of disposition.

Într-un studiu anterior², am stabilit criteriile folosite pentru departajarea libertăților manifestate în Codul civil, în funcție de încărcătura patrimonială sau extrapatrimonială pe care o poartă: tipul valorii vizate de

² Dumitru BALEA, *Ipostaze ale libertății cu efecte extrapatrimoniale în Codul civil român*, în *Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Seria Iurisprudentia*, nr. 1/2018, p. 30.

libertăți, precum și efectele generate de acestea. În funcție de primul criteriu, s-a observat că unele înfățișări ale libertății vizează o valoare socială, clasificându-se în extrapatrimoniale, iar altele se raportează la o valoare economică, fațetele libertății fiind patrimoniale. Al doilea criteriu divizează avatarurile libertății în extrapatrimoniale, dacă înglobează posibilitatea persoanei de a decide asupra unor valori sociale, cum este exemplul libertății de a dispune de sine însuși, respectiv în patrimoniale, dacă generează prerogativa dispunerii de elementele patrimoniului său, cum este exemplul libertății contractuale. Studiul de față are drept scop analiza libertății care provoacă urmări patrimoniale, prin aceea că deține germenul angrenajului dinamicii patrimoniale, ce necesită fecundarea prin voința titularului libertății respective.

Vom urmări identificarea libertății patrimoniale generice, care evocă fundamentul și fenomenul determinist al instituirii juridice, iar apoi a aplicațiilor sale speciale, în scopul constatării caracteristicilor generale și deducerii definiției acestui tip de libertăți. În primul rând, va fi cercetată libertatea de a dispune (1), urmată de libertatea contractuală (2) și de libertatea succesorală (3), ultima parte fiind dedicată și de această dată caracteristicilor generale și definirii libertății cu efecte patrimoniale (4).

1 Libertatea de a dispune

Codul civil face referire în cuprinsul art. 12 la libertatea de a dispune: „Oricine poate dispune liber de bunurile sale, dacă legea nu prevede în mod expres altfel.” Interpretarea dată de doctrină acestei prevederi a definit puterea de a dispune ca fiind dreptul de dispoziție materială sau juridică

asupra bunurilor, ca atribut esențial al dreptului de proprietate³. Lăsând la o parte tautologia strecurată în explicația citată, libertatea de a dispune nu pare a fi definită în mod satisfăcător. Pentru înțelegerea corectă a textului legal, este necesar în primul rând a distinge sensul acordat de legiuitor termenului „bun”.

Există bunuri corporale și acestea sunt lucrurile care servesc folosinței oamenilor și sunt apropiabile, condiționate de o existență materială, fizică⁴. Dar există și bunuri incorporale, excluse percepției prin simțuri, cum ar fi drepturile asupra unei activități (fonduri de comerț, clientela unei profesii libere, drepturile de proprietate intelectuală) sau drepturile de creanță⁵ și în general orice drepturi, chiar dacă poartă asupra unor lucruri corporale⁶. „Aussi, les biens consistent-ils toujours dans des droit, et ces droits sont évaluable en argent”⁷. Așadar, înțelesul științific al noțiunii de bunuri ar conduce la ideea că legiuitorul român a voit să exprime prin libertatea de a dispune asupra bunurilor posibilitatea persoanei de a decide juridic soarta drepturilor sale patrimoniale. Însă, după cum s-a arătat în doctrină, abstracțiunea caracteristică dreptului de creanță și incorporalitatea acesteia nu sunt în măsură să îndreptățească identificarea creanței cu un bun incorporal⁸. Se impune, așadar, o analiză mai detaliată pentru a decela voința

³ Flavius Antonius BAIAS (coord.), Eugen CHELARU, Rodica CONSTANTINOVICI ș.a., *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 13.

⁴ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Les biens*, 2^e édition, Ed. Defrénois, Paris, 2005, p. 6; Patrice JOURDAIN, *Les biens*, Ed. Dalloz, Paris, 1995, p. 4-5; Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, tome 3, Ed. PUF, Paris, 1992, p. 101.

⁵ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *op. cit.*, p. 7.

⁶ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, p. 102.

⁷ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *op. cit.*, p. 6.

⁸ Paul VASILESCU, *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 8.

legiuitorului și, mai ales, a determina întinderea libertății de a dispune în concepția art. 12 C.civ.

Pentru a testa existența unei concepții a legiuitorului asupra bunurilor și pentru a descoperi conținutul acesteia, ar fi utilă analiza dispozițiilor Codului civil care fac referire la bunuri. Primul enunț care conține termenul este art. 3 alin. (3) C.civ., care explică ce constituie exploatarea unei întreprinderi, cuprinzând, printre altele și „administrarea ori înstrăinarea de bunuri.” Apoi, art. 6 alin. (6) C.civ. dispune că legea nouă este de imediată aplicare în ceea ce privește regimul general al bunurilor. Art. 18 C.civ. prevede că drepturile, actele și faptele privitoare la bunuri sunt supuse publicității. Cel declarat mort prin hotărâre judecătorească poate cere, în măsura în care este viu, înapoierea bunurilor sale în natură, potrivit art. 54. Rolul consiliului de familie este de a supraveghea modul în care tutorele își îndeplinește obligațiile cu privire la bunurile minorului, dispune art. 124 alin. (1) C.civ. Art. 140 C.civ. arată că inventarierea bunurilor minorului se face de către un delegat al instanței de tutelă, care va verifica la fața locului toate bunurile minorului, iar apoi va întocmi inventarul, în timp ce drepturile de creanță sunt tratate separat, în alin. (2) al aceluiași articol, nefiind socotite, în această situație, bunuri. Exemplele pot continua⁹, însă considerăm că sunt suficiente pentru a înțelege că legiuitorul folosește noțiunea de bun pentru a se referi în principal la lucrurile apropiabile. Desigur că nu este exclusă posibilitatea interpretării cel puțin a unora dintre aceste dispoziții în sensul că ar desemna categoria

⁹ Vânzarea bunurilor minorului [art. 148 alin. (2) C.civ.]; predarea bunurilor minorului (art. 161 C.civ.); încredințarea în grija tutorelui a veniturilor și, la nevoie, a bunurilor celui pus sub interdicție [art. 174 alin. (1) C.civ.]; obligația soțului de a nu deplasa fără acordul celuilalt din locuință bunurile ce mobilează sau decorează locuința [art. 332 alin. (2) C.civ.]; bunurile comune și bunurile proprii ale soților (339 și 340 C.civ); definiția bunurilor (art. 535 C.civ.) etc.

drepturilor patrimoniale în general. De aceea, studiului semnificației pe care Codul civil o atribuie bunului necesită, în continuare, aprofundare.

Cea mai relevantă dispoziție legală pentru înțelegerea noțiunii ar trebui să fie definiția pe care legiuitorul o dă bunurilor în art. 535 C.civ., ele fiind „lucrurile, corporale sau necorporale, care constituie obiectul unui drept patrimonial.” Dar această definiție, în loc să lămurească sensul noțiunii, nu face decât să sporească confuzia. S-a spus că dorința legiuitorului a fost să dea o definiție nici prea îngustă, restrângând categoria bunurilor la obiectele materiale, dar nici prea largă, permițând includerea a „tot felul de obiecte, de drepturi și de interese, viziune care este însă împărtășită de Curtea Europeană a Drepturilor Omului”¹⁰. Apoi, continuă autorii, s-a urmărit posibilitatea apropiierii nu numai a lucrurilor corporale, ci și a celor necorporale, astfel că drepturile reale nu vor mai fi privite ca bunuri decât în măsura în care pot fi apropiate¹¹. Însă când se discută despre posibilitatea apropiierii referirea se face la un lucru, iar drepturile nu sunt lucruri: apropiabilitatea nu este de fapt altceva decât aptitudinea unui lucru de a face obiectul unui drept real. Drepturile reale sunt ele însele rezultatul „aproprierii”, astfel că avem rețineri față de interpretarea citată anterior.

¹⁰ Ovidiu UNGUREANU, Cornelia MUNTEANU, *Eseu asupra clasificării bunurilor în dreptul civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 54-55.

¹¹ *Ibidem*. Care ar fi situația în care un drept real nu ar putea fi apropiabil? Ar putea fi vorba despre drepturile indisponibilizate printr-o clauză de inalienabilitate, dar o asemenea cauză nu poate fi perpetuă [art. 627 alin. (1) C.civ.]. Și atunci ar însemna că este suspendată calitatea de bun a dreptului real pe durata inalienabilității? Însă pe durata inalienabilității, drepturile sunt în patrimoniul proprietarului, așadar apropiate, motiv pentru care nu pot fi excluse din categoria bunurilor. Sau poate ar fi vorba despre lucrurile asupra cărora poartă dreptul de proprietate publică. Însă acestea sunt apropiabile, chiar au fost apropiate, dacă fac obiectul dreptului de proprietate, așadar sunt bunuri și însăși legea le numește astfel (art. 860 și 861 C.civ.).

Indiferent care a fost intenția legiuitorului, prin prevederea de la art. 535 se alimentează o nebulozitate terminologică deloc favorabilă interpretării și aplicării legii. „Toutes les choses ne sont pas des biens (...). À l'inverse, tous les biens ne sont pas des choses (à moins de prendre ce dernier terme dans son acception la plus vague)”¹². Lucrurile nu trebuie confundate cu bunurile și nici caracteristicile corporal/incorporal nu pot fi împrumutate de la bunuri la lucruri, fără pericolul de a stârni grave erori logice și conceptuale.

Exemplele reglementărilor care vizează bunurile în cuprinsul Codului civil conduc la ideea că, cel puțin preponderent, prin referirile la bunuri legiuitorul se raportează mai degrabă la lucrurile care pot face obiectul drepturilor reale. Dar creanțele sunt la rândul lor drepturi patrimoniale de care se va putea dispune prin acte juridice, iar creanțele nu sunt bunuri, în sensul drepturilor reale, ci valori patrimoniale¹³. Referirea la dreptul de creanță ca la un bun ar putea întreține înțelegerea eronată a creanței ca un lucru, generând false paralelisme cu drepturile reale; de aceea trebuie evitată referirea la creanță ca la un bun, iar la creditor ca la proprietarul ei¹⁴. În aceste condiții, poate ar fi fost de preferat ca art. 12 C.civ. să fi vorbit despre libertatea de a dispune de drepturile patrimoniale. Așa erau incluse fără discuții în cuprinsul prevederii legale atât drepturile reale, cât și cele de creanță, categorii de drepturi care oricum în realitate pot face obiectul unor acte patrimoniale.

În forma actuală, dispoziția care consacră libertatea de a dispune se limitează a face trimitere la bunuri, adică la lucrurile care pot face obiectul drepturilor reale. Centrată pe bunuri și nu pe drepturi, prevederea ar părea că

¹² Jean CABRONNIER, *op. cit.*, p. 93.

¹³ Paul VASILESCU, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴ *Ibidem*.

vizează în special dispoziția materială asupra bunurilor. Posibilitatea de a altera, consuma sau distruge substanța bunului, dacă este privită din exteriorul raportului juridic ce naște dreptul patrimonial asupra lucrului, ignoră felul dreptului care justifică dispoziția materială. Cu alte cuvinte, pentru un terț nu prezintă relevanță tipul dreptului în temeiul căruia titularul consumă substanța bunului: poate fi vorba despre un drept de proprietate, un dezmembrământ al acestuia sau un drept de creanță. Natura dreptului interesează doar din perspectiva titularului dreptului și, eventual, a părții de care este juridic legat. Adică titularul dreptului nu va datora socoteală nimănui în cazul în care consumă substanța bunurilor al căror proprietar este, dar va trebui să restituie bunuri de aceeași cantitate, calitate sau valoare, în cazul în care asupra bunurilor are doar un drept de cvasiuzufruct. De aici rezultă că libertatea de a dispune material de bunuri se confundă cu exercitarea prerogativelor oferite de drepturi asupra bunurilor respective.

Însă nu poate fi acceptată ideea că libertatea cuprinsă în art. 12 C.civ. se limitează la dispoziția materială asupra bunurilor și nici intenția legiuitorului nu a fost aceasta. În primul rând, vocabularul juridic înțelege prin dispoziția asupra bunurilor acel atribut al dreptului de proprietate concretizat în posibilitatea de a dispune material și juridic de bunul asupra căruia poartă dreptul real¹⁵. În scopul respectării principiului previzibilității și mai ales al înțelegerii mesajului normei, tehnica legislativă impune folosirea sensului științific obișnuit al cuvintelor inserate în cuprinsul legii. În al doilea rând, alineatul (2) al aceluiași articol prevede că „nimeni nu poate dispune cu titlu gratuit, dacă este insolubil,” stabilind expres că libertatea de a dispune se referă neîndoielnic și la încheierea de acte juridice.

¹⁵ Mircea MUREȘAN, Paul VASILESCU, Jozsef KOCISIS ș.a., *Dicționar de drept civil*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2009, p. 245.

Proprietatea oferă posibilitatea ideală de dispoziție juridică plenară, pe când celelalte drepturi reale sunt susceptibile de o transmitere mai mult sau mai puțin liberă în funcție de natura fiecăruia¹⁶. Drepturile de creanță pot face obiectul cesiunii de creanță¹⁷, al cesiunii de contract sau al preluării de datorie, în timp ce drepturile caracterizate de un exercițiu strict personal sunt netransmisibile.

Este de ajuns o privire superficială și se observă că dispoziția juridică reprezintă un atribut al anumitor drepturi patrimoniale. Libertatea de a dispune nu doar că este conținută concret în drepturile patrimoniale compatibile cu actele juridice de înstrăinare, delăsare ori grevare cu sarcini reale sau cu fapte materiale de consumare, transformare sau distrugere a substanței unui bun, dar se și identifică cu modalitatea de exercitare a drepturilor respective. Reglementarea cuprinsă în art. 12 C.civ. este lipsită de sens normativ, deoarece atributul dispoziției există în mod natural în drepturile patrimoniale, necondiționat de o reglementare expresă.

Dar nu cumva există și o dispoziție asupra drepturilor extrapatrimoniale? Va fi exclusă dintru început dispoziția patrimonială asupra anumitor drepturi de acest gen, în concordanță cu legislația în vigoare¹⁸, dar dispoziția poate avea urmări atât patrimoniale, cât și

¹⁶ A se vedea art. 714 C.civ. referitor la cesiunea uzufructului, în contrast cu art. 752 C.civ. care interzice cesiunea uzului și abitației. Servituțiile se exclud de la posibilitatea transmiterii lor separate, întrucât sunt intrinsec legate de fondul dominant, motiv pentru care se vor deplasa împreună cu dreptul de proprietate asupra imobilului cărui slujesc.

¹⁷ Art. 1566 și următoarele din Codul civil prevăd condițiile în care se poate face cesiunea de creanță; de asemenea, art. 1805 și următoarele din Codul civil conțin situațiile în care se poate încheia o sublocățiune, în timp ce art. 2148 C.civ. nu permite comodatului să cedeze folosința bunului împrumutat fără acordul prealabil al comodantului.

¹⁸ Spre exemplu, în materia donării organelor, este exclusă orice contraprestație materială. Art. 159 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, publicată în M. Of. nr. 372 din 26 aprilie 2006, republicată: „Fapta persoanei de a dona organe, țesuturi sau celule

extrapatrimoniale. Nici art. 12 C.civ. nu face vreo diferență între efectele dispoziției. Titularul drepturilor extrapatrimoniale are posibilitatea de a dispune prin voința sa asupra acestei categorii de drepturi, respectând prevederile legale și limitele care rigidizează categoria respectivă. Pentru a exemplifica acest tip de dispoziție, vor fi trecute în revistă atingerile consimțite ale integrității corporale, stabilirea numelui copilului, schimbarea numelui și a domiciliului¹⁹.

Persoana poate consimți atingerile aduse integrității sale corporale prin donarea de organe. S-a spus că, deși prelevarea sau transplantul de organe necesită consimțământul celor în cauză, efectele nu sunt atât ale consimțământului, cât ale legii²⁰. Manifestările de voință exprimate în acest scop nu creează operațiuni juridice, ba se aseamănă cu cvasi-contractele, întrucât se concretizează în fapte licite și voluntare, care dau naștere unor situații juridice, însă fără a genera raporturi de obligații civile²¹.

de origine umană, în scopul obținerii de foloase materiale, pentru sine ori pentru altul, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.” Art. 157 din Lege incriminează „organizarea sau efectuarea prelevării de organe, țesuturi ori celule de origine umană pentru transplant, în scopul obținerii unui folos material pentru donator sau organizator”, la fel și cumpărarea acestor produse ale corpului uman în scopul revânzării. În dreptul francez, care cuprinde o reglementare expresă a fertilizării *in vitro* (Code de la santé publique, Titre IV : Assistance médicale à la procréation, disponibil la: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20190317>, consultat la data de 12.03.2019), art. L. 2141-8 Code de la santé publique interzice conceperea sau utilizarea unui embrion uman în scopuri comerciale sau industriale.

¹⁹ Pentru libertatea de alegere a numelui și a domiciliului, a se vedea Dumitru BALEA, *op. cit.*, p. 25-60.

²⁰ Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 463.

²¹ *Ibidem*. Autorii susțin că operațiunile medicale pot fi definite ca o specie deosebită de manifestări de voință, care produc efecte juridice doar ca urmare a suprapunerii lor cu normele legislației speciale. A se vedea și art. 144 alin. (1) din Legea nr. 95/2006, conform căruia donatorul poate reveni asupra consimțământului, până în momentul prelevării.

Consimțământul joacă totuși un rol central, căci prelevarea organelor cu nesocotirea acestuia, constituie infracțiune. În temeiul voinței exteriorizate, s-ar putea spune că fiecare persoană poate ceda organe și produse ale corpului său, dar fără a aștepta o răsplată materială. Prin voința sa, titularul dreptului extrapatrimonial la sănătate și integritate corporală poate dispune, de asemenea extrapatrimonial, de acest drept.

O perspectivă mai vizibilă asupra dispunerii de drepturile extrapatrimoniale o oferă practicarea consimțită a unor sporturi ce implică un contact fizic, uneori violent, între participanți. Într-o astfel de situație, se încheie un contract între titularul dreptului la integritatea corporală, asumându-și de cele mai multe ori degradarea stării fizice de bine, și organizatorul evenimentului sau clubul sportiv căruia i se raliază. Spre deosebire de permisiunea dată pentru prelevarea de organe, contractul acesta va produce efecte juridice, creând în sarcina ambelor părți obligații ce ar putea fi executate prin constrângere. De asemenea, în anumite cazuri atingerea integrității corporale va fi recompensată patrimonial.

Declarația de voință prin care se stabilește numele copilului de către părinții acestuia reprezintă tot o dispoziție asupra unui drept extrapatrimonial. Fie că este vorba despre stabilirea numelui de familie în condițiile art. 450 C.civ., fie despre alegerea unui prenume, părinți au posibilitatea de a acționa într-un mod mai restrâns sau mai larg, însă opțiunea lor va produce efecte juridice. Copilul va fi urmărit de numele primit ca efect al filiației, respectiv decis de părinți săi toată viața sau cel puțin până când, exasperat, va dori schimbarea acestuia pe cale administrativă. La rândul ei, această operațiune reprezintă o fațetă a dispoziției asupra dreptului extrapatrimonial la nume.

Domiciliul persoanei poate fi oricând schimbat, în temeiul art. 86 C.civ. și al art. 25 alin. (2) din Constituție. Voința liberă a persoanei și locuințele pe care le deține sunt singurele care pot circumscrie locul unde domiciliul va fi stabilit. Manifestarea de voință implicată de alegerea domiciliului este o dispoziție asupra dreptului la domiciliu.

În mod tradițional, dispoziția juridică asupra unui drept a fost considerată ca implicând în mod intransigent o urmare patrimonială însemnată valoric a manifestării de voință a titularului: vânzarea unui bun, transmiterea acestuia cu titlu gratuit prin donație, cesiunea unui drept de creanță etc. Însă există o dispoziție asupra drepturilor extrapatrimoniale ale persoanei, dispoziție care în principiu nu produce, dar nici nu exclude obligatoriu, efecte patrimoniale. Dispoziția asupra drepturilor extrapatrimoniale se diferențiază de înțelesul clasic al termenului prin aceea că actele juridice prin care se exprimă sunt în general lipsite de efecte patrimoniale. Și se aseamănă prin aceea că dreptul de care se dispune poate atrage alienarea obiectului său, restrângerea, modificarea sa ori crearea unei noi legături juridice ca urmare a exteriorizării voinței titularului (*e.g.* organele vor părăsi definitiv corpul de origine, sănătatea sportivului va fi mai mult sau mai puțin grav afectată, numele la care s-a renunțat va fi înlocuit de noul apelativ, copilul recunoscut va avea filiația stabilită față de părintele care îl identifică drept odrasla sa).

Dispoziția asupra drepturilor extrapatrimoniale demonstrează din nou inutilitatea art. 12 C.civ. În cuprinsul ei se face trimitere doar la bunuri, dar asta nu înseamnă neapărat că drepturile extrapatrimoniale sunt, prin această omisiune a legiuitorului, excluse din sfera de dispoziție a titularului lor. Dispoziția asupra drepturilor extrapatrimoniale va funcționa

nestingherită, chiar dacă într-un mod divers față de dispoziția asupra drepturilor patrimoniale.

Articolul 12 din Codul civil nu face altceva decât să amintească faptul că persoana poate să își exercite dispoziția asupra bunurilor sale, în limitele prevăzute de lege și, se subînțelege, conform naturii specifice a fiecăruia. Prezența unei astfel de reglementări inutile în Codul civil și-ar putea găsi explicația în rațiuni de ordine ideologică. Traumatizat de violarea dreptului de proprietate de către regimul comunist, este posibil ca legiuitorul român să fii dorit declararea răspicată a afilierii la o ordine de drept ce respectă dispoziția juridică și materială asupra bunurilor. Ceea ce art. 12 C.civ. denumește libertatea de a dispune, s-ar putea defini, mai riguros terminologic, ca puterea unei persoane de a decide soarta drepturilor sale patrimoniale fie prin acte juridice, înstrăinând, abandonând²² sau hotărând în orice alt mod asupra acestora, fie prin transformarea, consumarea ori distrugerea substanței bunului care formează obiectul lor, posibilitate care își găsește izvorul, rațiunea și limitele în însuși dreptul de care se dispune, confundându-se uneori cu modul de exercitare a acelui drept.

Libertatea de a dispune este circumscrisă, în special, modului specific de exercitare a drepturilor patrimoniale și poate fi privită ca făcând parte din categoria libertăților cu efecte patrimoniale. Cu toate acestea, există o dispoziție care poartă asupra drepturilor extrapatrimoniale, caracterizată de faptul că dă posibilitatea titularului de a hotărî destinul drepturilor sale extrapatrimoniale dinamice, producând în principiu efecte, la rândul lor, extrapatrimoniale.

²² Art. 889 alin. (1) C.civ. dă proprietarul posibilitatea de a „renunța la dreptul său printr-o declarație autentică notarială înregistrată la biroul de cadastru și publicitate imobiliară pentru a se înscrie radierea dreptului.”

Latura patrimonială a libertății de a dispune sau altfel spus, atributul dispoziției ce intră în structura drepturilor patrimoniale se poate pune în operă între vii prin contracte, iar pentru cauză de moarte prin testament. Se impune cercetarea libertății contractuale și succesoriale în scopul determinării relației acestora cu libertatea de a dispune și pentru a răspunde la întrebarea: care dintre ele este o aplicație a celeilalte?

2 Libertatea contractuală

Codul civil dedică articolul 1169 libertății contractuale, arătând că părțile „sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri.” În temeiul libertății contractuale, nimeni nu poate fi obligat să intre într-un raport contractual²³, persoanele sunt libere să încheie orice contract proiectat, numit sau nenumit, să își aleagă partenerul contractual și să stabilească conținutul și forma contractului înăuntrul și cu respectul ordinii publice și a bunelor moravuri.

Libertatea contractuală este consecința nemijlocită a autonomiei de voință, „pentru că numai contractul, îngrădire auto-consimțită, poate asigura libertatea voinței conștiente”²⁴. Voința subiecților de drept este creatoare de

²³ În ceea ce privește negocierile, acestea trebuie făcute cu respectarea bunei-credințe, în caz contrar, partea aflată în culpă va putea fi obligată eventual la repararea prejudiciului cauzat celuilalt, în condițiile art. 1183 alin. (3) și (4) C.civ., dar nicidecum nu i se va impune încheierea contractului negociat. Pentru o privire detaliată asupra libertății negocierilor, a se vedea Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle*, teză de doctorat, École Doctorale Droit, Science Politique et Histoire 101, Université de Strasbourg, 2015, p. 11-35.

²⁴ Paul VASILESCU, *Relativitatea actului juridic civil*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 32. Pentru o critică a autonomiei de voință în sensul completării ei cu anumite corective aristotelice, a se

normă și dătătoare de sens juridic întregului corolar normativ pe care părțile îl atrag asupra contractului pe care îl încheie²⁵. Dar dezbaterea originii și evoluției libertății contractuale nu reprezintă o miză fundamentală pentru lucrarea de față, motiv pentru care nu o vom aborda din această perspectivă.

Este important a se arăta că prin contract nu se poate dispune decât de drepturi, mai exact de cele patrimoniale. Dintre drepturile reale, proprietatea este mai dispusă spre circulație decât dezmembrămintele. Drepturile de creanță pot fi transmise în ceea ce privește partea activă prin cesiunea de creanță, iar în ceea ce privește partea pasivă prin preluarea de datorie, în timp ce drepturile potestative ar putea fi cedate doar împreună cu situația juridică în legătură cu care au fost create.

Faptul că unele drepturi sunt mai puțin dispuse spre circulație decât altele reprezintă o limitare a libertății contractuale sau o graniță a dreptului subiectiv? Altfel spus, rulajul drepturilor se atribuie mijloacelor sau este o trăsătură intrinsecă a dreptului transmis? Pentru a răspunde, trebuie făcută o distincție între obiectul și mijlocul deplasării: obiectul este constituit, după cum am arătat, din drepturile patrimoniale, iar mijlocul de pasaj este contractul. În continuare, este necesară o cercetare a întinderii circulației drepturilor în funcție de specificul acestora.

Există cazuri în care libertatea de circulație a proprietății este afectată de natura bunului asupra căruia poartă. Spre exemplu, art. 1244 C.civ. dispune că trebuie „să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute, convențiile care strămută sau constituie drepturi reale care

vedea James GORDLEY, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, în Peter BENSON, *The Theory of Contract Law*, Ed. Cambridge University Press, New York, 2001, p. 265-334.

²⁵ Pentru explicația modului în care funcționează voința nomothetă, a se vedea Paul VASILESCU, *Relativitatea...*, *op.cit.*, p. 83-88.

urmează a fi înscrise în cartea funciară.” De unde reiese că drepturile reale care poartă asupra unor imobile au o deplasare juridică mai greoaie decât cele care privesc mobilele, caracterizate de o lejeritate în circulație și supuse, în principiu, regulii consensualismului. În materia actelor juridice, simpla manifestare a voinței părților, printr-un cuvânt sau gest al părților, uneori chiar și tăcerea [în materia acceptării ofertei, conform art. 1196 alin. (2) C.civ.], dacă au aptitudinea de a exterioriza voința, este necesară și suficientă pentru nașterea validă a contractului²⁶. *Solo consensus obligat*, deși prezentat ca regulă de art. 1178 C.civ., este erodat de atâtea excepții impuse fie pentru valabilitatea actului²⁷, fie pentru proba acestuia²⁸, încât rarefiază nefiresc aplicarea consensualismului. În același perimetru al formalismului, există posibilitatea încheierii unor contracte reale, dar numai când prestația contractuală se referă la drepturi ce poartă asupra unor bunuri corporale.

²⁶ *Ibidem*, p. 65.

²⁷ Spre exemplu, art. 330 C.civ. sancționează cu nulitatea absolută orice convenție matrimonială care nu este făcută prin înscris autentic notarial, art. 1011 cere forma autentică pentru contractul de donație, art. 1838 alin. (1) C.civ. impune forma scrisă pentru validitatea arendei, art. 2013 alin. (2) C.civ. condiționează forma mandatului de forma cerută de lege la încheierea actelor pentru care este acordat mandatul etc. „Protejarea consimțământului prin impunerea unei forme *ad validitatem* este un țel pe cât de meritoriu, pe atât de ipocrit. Meritoriu, pentru că subiecții de drept trebuie avertizați și uneori chiar opriți să facă acte necugetate, pe care le vor regreta patrimonial mai târziu. Fățarnic, pentru că în spatele scrupulelor pentru interesul privat se ascunde controlul statului. În fond, realizarea acestui control, când se consideră politic oportun, va determina legiuitorul să impună excepții, limitări sau frână principiului consensualismului. Controlul, evidența și impozitarea operațiunilor juridice, cuplate și cu o anumită atenție pentru siguranța circuitului civil, pot determina legiuitorul să impună *ad validitatem* o anumită formă solemnă pentru orice contract dorește.” Paul VASILESCU, *Drept civil...*, op. cit., p. 381.

²⁸ Exemple de contracte pentru care este cerută forma scrisă *ad probationem*: contractul de societate [art. 1884 alin. (1) C.civ.]; contractul de comision [art. 2044 alin. (2) C.civ.]; contractul de asigurare [art. 220 alin. (1) C.civ.]; contractul de tranzacție (art. 2272 C.civ.), etc.

Rezultă că drepturile de creanță nu pot face obiectul derivat²⁹ al unui contract real.

Apoi există bunuri al căror regim este controlat prin legi speciale, cum este cazul stupefiantelor și al armelor, care poate stânjeni libertatea de dispoziție. Articolul 15 din Legea nr. 339/2005³⁰ condiționează comercializarea și distribuirea plantelor, substanțelor și preparatelor stupefiante și psihotrope de deținerea unei autorizații în acest sens, care va fi eliberată cu îndeplinirea unor condiții restrictive și doar cu respectarea destinației de utilizare în industrie, de producere de sămânță sau de uz medical, științific ori tehnic pentru anumite categorii de plante, substanțe sau preparate. Legea nr. 295/2004³¹ enumeră persoanele care pot deține arme, precum și modul de circulație a acestora prin cumpărare sau moștenire, menționând în art. 17 și situațiile restrânse în care este permisă transmiterea.

Chiar dacă proprietatea este dreptul patrimonial cel mai eratic, ea nu este dinamică în sine, ci prin intermediul libertății contractuale titularul ei dispune de aceasta *inter vivos*. Dar proprietatea și-ar pierde orice rațiune dacă ar fi insesizabilă, de unde reiese că circulația dreptului nu este acaparat de mijloacele transmiterii, ci este o caracteristică intrinsecă a dreptului.

²⁹ Codul civil, în art. 1225 și 1226, face distincție între obiectul contractului, pe care îl consideră operațiunea juridică convenită de părți și obiectul obligației, care este prestația la care se angajează debitorul.

³⁰ Legea nr. 339/2005 privind regimul juridic al plantelor, substanțelor și preparatelor stupefiante și psihotrope, publicată în Monitorul Oficial nr. 1095 din 5 decembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

³¹ Legea nr. 295/2004 privind regimul armelor și al munițiilor, publicată în Monitorul Oficial nr. 503 din 30 iunie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

Limitele libertății contractuale determinate de natura dreptului sunt, de fapt, impedimente ale dreptului însuși³².

Concluzia care s-ar desprinde din analiza exemplelor înșirate este că natura dreptului care face obiectul prestației determină cel puțin unele caracteristici ale contractului: natura, forma și gradul de libertate. Există o libertate contractuală generică, cea la care face referire art. 1169 C.civ. și o libertatea contractuală concretă, legată de obiectul obligației contractuale. Continuând raționamentul, se observă un climax și un anticlimax al limitărilor acestei libertăți: există limitări legate de substanța dreptului ce face obiectul prestației și limitări constituite, juridice. Limitările legate de substanța dreptului am văzut că pot impune restrângeri de natură formală, cum este cazul contractelor care constituie sau strămută drepturi tabulare și care pot fi făcute doar prin înscris autentic. La fel în situația contractelor reale, prin care se pot constitui sau transfera doar drepturi legate de bunuri corporale. De asemenea, conținutul dreptului poate să determine interdicții sau condiționări grave ale transmiterii, cum e cazul stupefiantelor și al armelor. Există însă și limitări juridice ale libertății contractuale, iar acestea se pot referi la capacitate, pot fi impuse prin dispoziții legale sau clauze contractuale de inalienabilitate, pot consta în interferența unei părți în executarea contractului de către cealaltă parte sau pot lua înfățișarea unei îndatoriri de informare.

Capacitatea este prima limită a libertății contractuale, deoarece este un mijloc de cenzură a actului, motiv pentru care, în antiteză cu libertatea,

³² Ideea că limitele sunt inerente bunului și nu mijlocului de transfer este și mai vizibilă în cazul succesiunii. Art. 17 alin. (2) din Legea nr. 295/2004 prevede tipul de arme care pot fi dobândite numai prin cumpărare, donație, moștenire, sponsorizare, închiriere sau comodat. Nu natura mijlocului de transfer, ci tipul bunului determină restrângerea libertății.

pare concretă. Însă această precizie a capacității este doar iluzorie, pe când ea de fapt îndeplinește funcția de gardian general al actului juridic, iar un astfel de câmp de acțiune o face să fie abstractă. De pildă, art. 41 C.civ. prevede că minorul care a împlinit vârsta de 14 ani poate încheia singur acte de conservare, de administrare care nu îi sunt prejudiciabile și de dispoziție de mică valoare cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor. Nu contează ce fel de drepturi ar privi actele prefigurate de minor, nu interesează forma în care ar fi dispus el să contracteze, incapacitatea lovește implacabil orice încercare de încheiere a actelor interzise³³. La fel, art. 1653 alin. (1) C.civ. interzice cumpărarea de către anumite persoane³⁴ a drepturilor litigioase care sunt de competența instanței în a cărei circumscripție își desfășoară activitatea. Nici de această dată nu are importanță natura drepturilor litigioase ori alte elemente conexe, incapacitatea specială de exercițiu paralizează orice contract prin care s-ar urmări cumpărarea drepturilor litigioase de către persoanele respective. Aceste exemple ilustrează existența unor interdicții universale, pe categorii de acte, care fac din capacitate un construct tehnic, conceptual: intransigența generală a capacității nu este înduplecată de particularitățile incidente în cazul fiecărui contract în parte.

În schimb, libertatea este aparent abstractă, dar în realitatea se manifestă într-o manieră precisă. Dacă libertatea contractuală generală este marcată de abstracțiune, care permite oricui să încheie sau să refuze

³³ Spre exemplu, în cazul donației, minorul nu poate apărea ca dispunător nici măcar cu concursul reprezentantului sau ocrotitorului legal [art. 988 alin. (1) C.civ.], situație aplicabilă și interzisului judecătoresc, pentru detalii, a se vedea Dan CHIRICĂ, *Tratat..., op.cit.*, p. 122-123.

³⁴ Este vorba despre judecători, procurori, grefieri, executori judecătorești, avocați, notari publici, consilieri juridici și practicieni în insolvență și orice persoane interpușe în scopul eludării interdicției legale, pentru detalii, a se vedea Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 191.

încheierea oricărui act dorește, cu orice partener, pentru ca această posibilitate teoretică să ducă la împlinirea rezultatului final – contractul – este necesară o concretizare a libertății pliabilă pe actul proiectat. Libertatea nu acționează pe categorii de acte, ci se creionează în funcție de fiecare act încheiat, raportat la felul și tipicul acestuia, și de aceea există tot atâtea libertăți contractuale câte acte juridice se încheie. Se întărește ideea exprimată anterior³⁵ că libertatea juridică se manifestă în mod concret, prin conținutul drepturilor subiective.

O altă limită a libertății contractuale o reprezintă inalienabilitatea instituită prin lege sau prin convenția părților. Exemplul cardinal al inalienabilității legale vizează bunurile aflate în proprietatea publică a statului sau a unităților administrativ-teritoriale și este conținut în art. 136 alin. (4) din Constituție și reluat în art. 861 C.civ. Caracteristica acestui caz de inalienabilitate legală este perpetuitatea, în sensul că durează atâta timp cât există bunul sau câtă vreme acesta face parte din domeniul public. Nu doar bunurile proprietate publică sunt declarate prin lege inalienabile, ci și unele bunuri proprietate privată pot face obiectul unor astfel de restricții. Legea nr. 255/2010³⁶ dispune prin art. 29 că actele juridice încheiate asupra imobilului supus exproprierii după data afișării hotărârii privind cuantumul despăgubirii sunt lovite de nulitate absolută. Tot astfel, art. 1688 alin. (1) C.civ. instituie o clauză legală de inalienabilitate purtând asupra bunului individual determinat care face obiectul pactului de opțiune privind contractul de vânzare.

³⁵ Dumitru BALEA, *op. cit.*, p. 50.

³⁶ Legea nr. 255/2010 privind exproprieria pentru cauză de utilitate publică, necesară realizării unor obiective de interes național, județean și local, publicată în Monitorul Oficial nr. 853 din 20 decembrie 2010, cu modificările și completările ulterioare.

Prin acte juridice pot fi de asemenea prevăzute inalienabilități temporare, cu respectarea condițiilor cuprinse în art. 627 C.civ.: limitarea temporală este setată la un maxim de 49 de ani, iar indisponibilizarea trebuie justificată de un interes serios și legitim. Actele juridice în care poate fi inclusă clauza sunt convențiile și testamentele, întrucât prin intermediul acestora se pot transfera drepturi și își poate găsi justificare interdicția impusă de înstrăinător dobânditorului³⁷. Rezultă că un proprietar nu poate face o declarație unilaterală de inalienabilitate cu privire la bunurile sale care să și producă efecte³⁸.

Articolul 627 alineatul (4) din Codul civil presupune existența unei clauze de inalienabilitate în convențiile din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă. Din modul de exprimare al legii rezultă că inalienabilitatea este convențională, deci supusă inclusiv condițiilor de opozabilitate specifice clauzelor de inalienabilitate, iar părțile pot înlătura prin voința lor infiltrarea clauzei în contract.

Referitor la opozabilitatea clauzei de inalienabilitate, art. 628 C.civ. trasează regulile care trebuie urmate pentru complinirea ei. O atenție sporită ar necesita coroborarea dispoziției conținute de art. 628 alin. (4) C.civ. cu art. 627 alin. (4) C.civ. Miza discuției este reprezentată de insesizabilitatea pe care o implică automat inalienabilitatea, operantă în temeiul art. 629 alin. (3) C.civ. Textul de la 628 alin. (4) C.civ. prevede că inalienabilitatea cuprinsă într-un contract cu titlu gratuit este opozabilă și creditorilor anteriori ai

³⁷ Valeriu STOICA, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 112.

³⁸ Corneliu BÎRSAN, *Drept civil. Drepturile reale principale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 93.

dobânditorului. Fără o prevedere expresă care să excludă efectul insesizabilității care emerge din inalienabilitate, rezultă că acelor creditori le va fi opozabilă și paralizarea urmăririi bunului. Și apare întrebarea: cum va fi interpretată această dispoziție dacă inalienabilitatea este subînțeleasă [potrivit art. 627 alin. (4) C.civ.] într-un contract oneros din care se naște obligația de a transmite în viitor proprietatea către o persoană determinată sau determinabilă? Ar putea fi admisă interpretarea *per a contrario* a dispoziției, în sensul că dacă inalienabilitatea este inserată într-un contract cu titlu oneros aceasta ar fi opozabilă și sub aspectul insesizabilității creditorilor anteriori și/sau ulteriori ai înstrăinătorului?

Un exemplu va fi util pentru înțelegerea problemei ridicate: să presupunem că se încheie o promisiune de vânzare a unui bun. Se va produce odată cu indisponibilizarea [coroborând art. 627 alin. (4) cu art. 628 alin. (4) C.civ.] implicit și o insesizabilitate a bunului opozabilă creditorilor promitentului-vânzător? Dacă răspunsul ar fi afirmativ, calea debitorului care dorește eschivarea de la plata datoriilor sale ar fi simplă, fiind suficient să încheie promisiuni de vânzare asupra tuturor bunurilor din patrimoniul său pentru a le sustrage cu succes de la urmărirea silită.

Înclinăm spre răspunsul negativ nu doar din rațiuni de echitate, ci și analizând sensul de ansamblu al dispozițiilor referitoare la clauza de inalienabilitate. Articolul 627 din Codul civil prevede că prin convenție sau testament se poate interzice înstrăinarea unui bun. Din modul în care este redactată această dintâi dispoziție referitoare la inalienabilitatea convențională, dar și tot aparatul care gravitează în jurul acesteia, reiese că legiuitorul a văzut inalienabilitatea ca producând efecte în sarcina dobânditorului bunului și nu a înstrăinătorului. Are logică interzicerea înstrăinării de către cel care dobândește bunul și are dispoziția asupra

acestuia, iar nu de către cel care urmează a face înstrăinarea. De aceea dispoziția art. 627 alin. (4) C.civ. este stingheră și nu face corp comun cu celelalte prevederi din materia inalienabilității, iar aplicarea lor conjunctă poate da naștere unor contradicții și inadverențe ca cea analizată.

Concluzionând, considerăm că insesizabilitatea pe care legea o atașează inalienabilității nu va fi opozabilă creditorilor anteriori sau ulteriori ai înstrăinătorului în situația expusă de art. 627 alin. (4) C.civ. Dar indisponibilizarea bunului, excluzând deci insesizabilitatea, va putea fi făcută opozabilă creditorilor ulteriori ai înstrăinătorului care se află în poziție similară cu beneficiarul obligației de transmitere a proprietății. Altfel spus, dacă proprietarul promite în baza unor contracte succesive vânzarea aceluiași bun mai multor beneficiari, va avea întâietate cel care îndeplinește primul formalitățile de opozabilitate. Aceeași va fi soluția și dacă proprietarul încheie inițial o promisiune de vânzare, iar ulterior procedează la vânzarea către altul a bunului în cauză.

O altă limită a libertății contractuale o reprezintă interferențele pe care o parte contractantă le poate face în executarea contractului operată de către cocontractantul său, cum este cazul controlului desfășurării executării diferitelor contracte din Codul civil: contractele administrative³⁹, locațiunea⁴⁰, antrepriza⁴¹, consignația⁴² și depozitul hotelier⁴³. Considerăm controlul o limită a libertății contractuale, întrucât ideea de verificare permanentă sau chiar temporară a unei activități interferează cu libertatea pe

³⁹ Art. 867 alin. (2) C.civ., art. 872 alin. (3) C.civ. și art. 874 alin. (3) C.civ. coroborat cu art. 867 alin. (2) C.civ.

⁴⁰ Art. 1804 C.civ.

⁴¹ Art. 1861 C.civ. și art. 1876 C.civ.

⁴² Art. 2057 alin. (1) C.civ.

⁴³ Art. 2131 alin. (3) C.civ.

care cealaltă parte o are pentru executarea contractului. Controlul nu limitează, în principiu, direct libertatea contractului, ci într-un mod mijlocit, prin ciocnirea relațională cu libertatea în executare. În scopul determinării naturii juridice a controlului pus de lege la îndemâna beneficiarului executării, vom analiza textele care îl instituie.

Art. 867 alin. (2) și 872 alin. (3) prevăd că autoritatea publică controlează modul de exercitare a dreptului de administrare și de folosință gratuită, respectiv că exercitarea dreptului de concesiune este supusă controlului din partea concedentului. Din redactarea textelor menționate nu se poate desprinde o calificare legală a naturii juridice a controlului executării contractului, de aceea analiza va continua cu celelalte situații.

În cazul contractului de locațiune, art. 1804 C.civ. prevede că locatarul este obligat să permită examinarea bunului de către locator la intervale de timp rezonabile, precum și de către cei care doresc să îl cumpere sau să îl ia în locațiune când contractul în ființă va înceta. Controlul va trebui efectuat astfel încât prin aceasta să i nu se cauzeze locatarului o stânjenire nejustificată a folosinței bunului. Înfățișarea controlului apare de această dată ca o constrângere care trebuie suportată de partea controlată, adică locatar, denumită marginal de art. 1804 C.civ. „obligația de a permite examinarea bunului.”

Beneficiarul antreprizei are, în temeiul art. 1861 C.civ., dreptul de a controla, pe cheltuiala sa, lucrarea în cursul executării ei, fără a-l stânjeni în mod nejustificat pe antreprenor, precum și să îi comunice acestuia observațiile sale, iar art. 1876 C.civ. are un conținut relativ asemănător. Legiuitorul denumeste acum controlul ca fiind un drept al celui ce efectuează inspecția.

Consignantul, după remiterea bunurilor consignatarului în scopul executării contractului, păstrează dreptul de a inspecta și controla starea acestora pe toată durata contractului, potrivit art. 2058 alin. (1) C.civ. Apoi art. 2131 alin. (3) dispune că hotelierul poate să examineze bunurile care îi sunt predate spre depozitare. Și în aceste situații, Codul civil se referă la control numindu-l sau sugerând că ar fi un drept al celui care îl poate efectua.

Așadar, dispozițiile legale care conțin posibilitatea controlării executării diferitelor contracte nu aduc lămuriri în ceea ce privește natura juridică a controlului, ba dimpotrivă, sporesc confuzia numindu-l când obligație, când drept. Astfel că trebuie verificat dacă noțiunea de control îndeplinește caracteristicile obligațiilor, ale drepturilor sau poate ale libertăților.

Obligația civilă a fost definită în doctrină ca fiind un „raport juridic în temeiul căruia debitorul este ținut la o prestație concretă față de creditor, care – în caz de neîndeplinire a prestației, poate folosi anumite mijloace de coerciție ale statului”⁴⁴. „Être lié, c’est être tenu”⁴⁵. Autorii germani disociază obligația în două elemente: 1. *Schuld* (datoria, *debitum*), prescriptul juridic care impune executarea unei prestații, plata; și 2. *Haftung*, constrângerea care permite creditorului, în caz de neexecutare benevolă a *Schuld*, să treacă la executarea silită a persoanei sau a lucrului care răspunde pentru datorie:

⁴⁴ Paul VASILESCU, *Drept civil...*, op. cit., p. 6.

⁴⁵ „L’expression avait, à son origine, un sens qui n’était pas figuré : la soumission du débiteur au créancier se traduisait par un lien matériel ; le débiteur était enchaîné (*ligatus*) dans la prison, et à la disposition de son créancier qui pouvait le mettre à mort ou le réduire en esclavage. Ce lien c’est idéalisé ; il n’est plus qu’un lien juridique (*vinculum juris*) ; mais le débiteur reste lié en ce sens qu’il est tenu d’exécuter ce qu’il doit. Henri MAZEAUD, Leon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome II, Premier volume, *Obligations. Théorie générale*, 9^e édition, Ed. Montchrestien, Paris, 1998, p. 7.

debitorul însuși, fideiusorul sau bunul adus ca garanție reală⁴⁶. Dacă ar fi considerat controlul o obligație a contractantului care trebuie să permită desfășurarea acestuia, atunci ar trebui să aibă ambele caracteristici, atât îndatorirea, cât și posibilitatea constrângerii. Dar considerăm că nu există mijloace juridice prin care „debitorul” controlului executării contractului să poată fi constrâns direct și forțat la îndeplinirea îndatoririi sale. El ar putea fi cel mult penalizat în mod indirect, prin refuzul încheierii contractului, dacă, spre exemplu, nu permite hotelierului să inspecteze bunurile date în depozit. Sau prin refuzul recepției lucrării realizate de antreprenor, dacă acesta nu a permis beneficiarului să controleze executarea. Doar că nu ar fi sancționată nepermiterea controlului, ci eventuala executare neconformă a lucrărilor, care putea fi remediată dacă beneficiarul ar fi efectuat controlul și ar fi semnalat antreprenorului neconformitățile.

Deși tendința doctrinală este de a considera îndatoririle lipsite de o sancțiune directă și eficientă sau constrângerile lipsite de o îndatorire ca fiind obligații⁴⁷, considerăm că acestea nu pot fi incluse în categoria obligațiilor, ci că ar face parte dintr-o altă categorie distinctă, neidentificată încă. Astfel, controlul pe care un contractant poate să îl exercite asupra modului în care partenerul său execută contractul nu poate fi văzut, în opinia noastră, ca o obligație instituită de lege în sarcina părții care trebuie să suporte inspecția.

Trebuie văzut dacă prerogativa controlului reprezintă un drept subiectiv recunoscut de lege în favoarea părții care poate inspecta modul de executare a contractului. Însă odată cu încercarea de a-l include în categoria drepturilor, se ivesc probleme în privința determinării naturii dreptului: este

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

vorba despre un drept real, de creanță sau potestativ. Drept real nu poate fi considerat, întrucât nu oferă prerogative asupra unui lucru, orice discuție în plus fiind superfluă. De asemenea, nu este nici drept de creanță, întrucât, din perspectiva conținutului juridic, dreptul de creanță conferă titularului îndreptățirea de a pretinde altuia să adopte o anumită conduită, activă sau pasivă⁴⁸. După cum am arătat deja, controlul nu presupune existența unei obligații care să poată fi impusă celeilalte părți, iar aversul oricărui drept de creanță implică reversul unei obligații pentru altul. Mai mult, obiectul dreptului de creanță constă într-o conduită oarecare a debitorului, pe când controlul nu presupune nici măcar abstențiunea celui care trebuie să suporte controlul. Concluzia este că prerogativa controlului nu conferă posibilitatea efectivă de a cere cocontractantului să aibă o anumită conduită. Nici drept potestativ nu poate fi considerat, deoarece nu are ca obiect o situație juridică, nu dă îndreptățirea de a acționa unilateral și discreționar.

Ultimul resort rămâne încercarea includerii controlului în categoria libertății. Conform criteriului stabilit deja pentru catalogarea unor entități juridice ca libertăți⁴⁹, este necesar ca acestea să se manifeste juridic prin intermediul unor drepturi subiective. Controlul nu este și nu dă naște unor drepturi subiective, motiv pentru care nu poate purta banderola libertăților.

Prin urmare, îndreptățirea de a face controlul are o existență de interstițiu și nu poate fi considerată nici obligație, nici drept subiectiv, și nici libertate, împrumutând unele caracteristici de la fiecare dintre acestea, dar insuficiente pentru a permite includerea în vreuna dintre ele.

O altă limită a libertății contractuale o reprezintă dreptul la informare specific fazei contractuale. Trebuie semnalat faptul că nu urmează a fi

⁴⁸ Ionel REGHINI, Șerban DIACONESCU, Paul VASILESCU, *op.cit.*, p. 368.

⁴⁹ A se vedea Dumitru BALEA, *op. cit.*, p. 49-51.

dezbatută obligația omonimă caracteristică fazei precontractuale⁵⁰, întrucât aceasta este o obligație veritabilă, care ține de luminarea părților înainte de exprimarea consimțământului. Neîndeplinirea acestei obligații constituie reticență dolosivă, penalizată cu nulitatea contractului⁵¹ sau cu alte sancțiuni specifice. De pildă, în materia contractului de societate simplă, art. 1924 C.civ. impune obligația administratorilor societății de a informa terții asupra puterilor lor înainte încheierii contractului. Este vorba despre o obligație de informare precontractuală, al cărei scop este dezvăluirea dimensiunilor atribuțiilor primite de administratori de la societate, deci întinderea mandatului în temeiul căruia ei acționează. Câtă vreme terții au fost informați asupra limitelor puterilor de reprezentare, societatea nu va fi angajată de contractele încheiate cu depășirea acestor limite⁵². Pe de altă parte, neîndeplinirea obligației de informare și necunoașterea de către terți a întinderii mandatului din alte surse, va avea ca efect angajarea societății prin actele administratorilor, chiar dacă au fost încheiate cu depășirea puterilor de reprezentare.

Codul civil mai cunoaște un alt tip de informare, care nu se bazează pe un raport prestabilit între părți. Este vorba despre obligația de înștiințare din materia gestiunii de afaceri, care impune gerantului să îl înștiințeze pe gerat despre gestiunea începută de îndată ce este posibil (art. 1331 C.civ.). Unul

⁵⁰ „Le principe est qu'un contractant même non-professionnel doit informer son cocontractant même professionnel dès lors que sa compétence ne lui permet pas de connaître la chose vendue.” Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 6^e édition, Ed. LGDJ, Paris, 2013, p. 776, *apud* R. STANCU, *op.cit.*, p. 111.

⁵¹ A se vedea, Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Droit civil. Obligations*, 3^e édition, Éd. Litec, Paris, 1989, p. 186-188.

⁵² Într-o astfel de situație, nu va fi operabilă protecția instituită de art. 1914 alin. (3) C.civ., care acordă terților de bună-credință inopozabilitatea clauzelor de limitare a puterilor de administrare conferite de lege, întrucât, în urma informării, terții devin de rea-credință.

dintre elementele subiective ale gestiunii de afaceri este necunoașterea existenței gestiunii de către gerat, dar ignoranța acestuia trebuie să existe doar la începutul gestiunii⁵³, luarea la cunoștință ulterioară a gestiunii nu duce la încetarea acesteia. Atunci trebuie văzut ce urmări va determina îndeplinirea obligației de informare. Efectele gestiunii se vor petrece indiferent de înștiințarea geratului, actele încheiate ținându-l pe gerat în limitele oportunității gestiunii. Încetarea gestiunii în urma înștiințării nu intervine decât dacă geratul, în urma conștientizării situației bunurilor sale, decide să preia gestiunea. Transformarea gestiunii în mandat necesită ratificarea acesteia din partea geratului. Rezultă că informarea ulterioară nici nu se impune pentru eficiența gestiunii de afaceri, nici nu duce automat la încetarea gestiunii sau transformarea acesteia în mandat. Informarea geratului nu produce așadar niciun fel de efecte asupra gestiunii; dar neîndeplinirea obligației de înștiințare? Codul civil nu prevede o constrângere directă care să asigure punerea în operă a acestei înștiințări, iar lipsa oricăror consecințe ale informării duce la lipsa unei forțări indirecte la executarea obligației. Dacă gerantul nu informează geratul despre gestiune imediat ce acest lucru este posibil, nu se va întâmpla nimic. Dispoziția de la art. 1331 C.civ. este o îndatorire căreia îi lipsește mecanismul de constrângere, atât direct cât și indirect, aceasta plasându-se în categoria entităților a căror natură juridică nu a fost încă determinată.

În materia contractului de transport, art. 1976 alin. (3) C.civ. prevede obligația transportatorului de a-l înștiința pe destinatar cu privire la sosirea bunurilor și la termenul pentru preluarea acestora, dacă predarea nu se face la domiciliul destinatarului. Dar această obligație de informare nu este altceva

⁵³ Paul VASILESCU, *Drept civil...*, op.cit., p. 207.

decât însuși modul de executare a contractului: înștiințarea este obligatorie la fel cum predarea bunului transportat este obligatorie. Nesocotirea acestei obligații de către transportator, va atrage răspunderea sa pentru neexecutarea conformă a contractului, suportând eventualele prejudicii aduse beneficiarului prin predarea bunului transportat cu întârziere, cauzată de lipsa ori tardivitatea informării.

În schimb, informarea din faza contractuală la care ne referim ca la o limită a libertății contractuale privește comunicarea de date după încheierea contractului, în cursul executării acestuia, fără a fi sinonimă cu însăși executarea. Spre exemplu, art. 2238 C.civ. impune asigurătorilor și împuterniciților acestora să comunice asiguraților sau contractanților asigurării informații în legătură cu contractele de asigurare atât înaintea încheierii, cât și pe durata executării acestora. La fel, art. 2191 alin. (3) C.civ. obligă instituția de credit cu care s-a încheiat contractul de depozit bancar să informeze gratuit clientul cu privire la operațiunile efectuate în conturile sale. Dar cel mai bun exemplu este ilustrat de art. 2302 C.civ., care prevede obligația creditorului să ofere fideiusorului, la cererea acestuia, orice informație utilă asupra conținutului și modalităților obligației principale și asupra stadiului executării acesteia.

Așadar, există o informare extracontractuală, cum este cazul înștiințării din materia gestiunii de afaceri sau lămurirea precontractuală a consimțământului părților, și o informare contractuală, care constă fie în însăși executarea contractului, fie în furnizarea unor indicații cu privire la executarea contractului. Doar aceasta din urmă constituie, în opinia noastră, o limită a libertății contractuale și trebuie evitată orice confuzie cu informările extra- sau pre- contractuale și cu atât mai mult, cu însăși executarea contractului.

Considerăm informarea contractuală o limită a libertății întrucât, la fel ca în cazul controlului executării contractului, informarea presupune o examinare a derulării contractului. Chiar dacă nu interferează direct cu libertatea contractuală, informarea limitează libertatea celeilalte părți în executarea contractului. Natura juridică a informării trebuie determinată în urma unei analize asemănătoare cu cea aplicată controlului.

În acest scop, ne vom referi la dispoziția cuprinsă în art. 2302 C.civ., care impune creditorului obligația „să ofere fideiursorului, la cererea acestuia, orice informație utilă asupra conținutului și modalităților obligației principale și asupra stadiului executării acesteia.” Nu poate fi ignorată modalitatea logico-semantică de redactare a textului legal din care reiese că creditorul este debitor al obligației de informare, construcție care, din perspectivă rațională, este un nonsens. Aceeași persoană nu poate fi simultan creditor și debitor decât în cazul contractelor sinalagmatice. Ori, textul citat apare în materia fideiusiunii, adică a unei garanții personale, care nu presupune existența unor obligații interdependente și corelative între creditorul garantat și fideiursor, de aceea modul de redactare a textului este văduvit de coerență și logică juridică.

Informarea contractuală se aseamănă din perspectiva naturii sale cu prerogativa controlului executării contractului, astfel că nu vor fi reluate argumentele dezbătute în cadrul analizei controlului, dacă acestea sunt incidente și în cazul informării. Încercarea de includere a informării contractuale în categoria obligațiilor este stânjenită de lipsa constrângerii aferente îndatoririi creditorului de livrare a datelor către fideiursor. Fără sancțiunea care să îi ofere pondere juridică, îndatorirea rămâne cel mult una naturală sau morală.

Categoria drepturilor subiective solicită imperativ determinarea naturii dreptului ca fiind real, de creanță sau potestativ. Informarea nu poate

fi socotită un drept real, întrucât nu oferă prerogative asupra unui lucru, iar drept potestativ de asemenea este exclus a fi considerată, deoarece obiectul nu este situație juridică, nu dă îndreptățirea de a acționa unilateral și discreționar și nici nu îi corespunde o obligație corelativă din partea subiectului pasiv. Rămâne deschisă discuția dacă informarea contractuală este un drept de creanță. Însă și de această dată se va observa că obiectul presupusului drept este camuflat într-o prerogativă a fideiusorului, respectiv o conduită prescrisă creditorului, fără ca în realitate să beneficieze de constrângerea necesară armării sistemului tehnic de impunere. Lipsind mijloacele practice de punere în operă a conținutului prerogativei informării, este dezamorsată încărcătura sa juridică.

Pentru a putea marca prerogativa informării contractuale cu însemnele categoriei libertăților este obligatorie manifestarea sa prin drepturi subiective. Informarea contractuală, întocmai controlului executării contractului, nu este și nu dă naștere unor drepturi subiective, astfel că nu poate fi considerat o libertate.

Conchizând, informarea contractuală nu este în realitate nici o obligație, nici un drept și nici o libertate, natura sa juridică fiind aparte și străină de categoriile juridice convenționale.

Libertatea contractuală este atașată de libertatea de a dispune în viziunea art. 12 C.civ. și, în urma dezbaterii anterioare a amândurora, se poate extrage o concluzie asupra raportului care există între acestea. Libertatea de a dispune pare că se zugrăvește prin libertatea contractuală în materie de acte translativ de drepturi între vii, astfel că inerțial am putea considera libertatea contractuală o aplicație a libertății de a dispune. Dar studiind mai atent dispoziția art. 12 C.civ., pare a se desprinde o idee diferită. Pe de o parte, interpretând prevederea amintită în sens literal, am stabilit că textul face

referire la dispoziția de bunuri, în sensul de lucruri asupra cărora poartă drepturi reale. Într-o astfel de situație, libertatea de a dispune de bunuri este o aplicație a libertății contractuale, care este mai laxă și cuprinde toate drepturile patrimoniale, inclusiv pe cele de creanță. Pe de altă parte, interpretând dispoziția legală în spiritul legii și considerând că legiuitorul a dorit să cuprindă în noțiunea de „bunuri” toate drepturile patrimoniale, se impune observația că, din perspectiva actelor *inter vivos* cel puțin, există un raport de suprapunere între libertatea contractuală și libertatea de a dispune. Libertatea generală sau filosofică se întrupează juridic în materie patrimonială prin libertatea contractuală. Libertatea de a dispune din art. 12 C.civ. nu aduce noutăți, nu crește și nu scade potența libertății contractuale.

În fapt, un sistem politic nu poate suprima libertatea, ci poate cel mult să o castreze juridic, aceasta continuând să existe, chiar dacă va fi o libertate mută. S-au încheiat contracte de vânzare asupra proprietăților imobiliare și în timpul comunismului, în ciuda interdicției ideologice a regimului. Pentru că nu există instituții fără libertate, iar visul dreptului, libertatea, reprezintă, în stare de veghe, drepturile subiective. Libertatea nu poate fi desprinsă de dreptul subiectiv, dar este altceva decât simpla recunoaștere a unui drept subiectiv. Ea se instrumentalizează prin drepturi subiective și de aceea nu este atât de generică pe cât pare. Chiar acceptând că rămâne generică, va avea consecințe tangibile, pentru că libertatea se exteriorizează în materie de contract și în raport cu responsabilitatea. „Il n’y a pas lieu d’être surpris outre mesure : le liberté est la clef de voûte, le ressort secret, la *ratio cognoscendi* si l’on peut dire du concept de la responsabilité. Sans elle, qui en dicte l’efficace et les enjeux, point de responsabilité. On est responsable parce que l’on est «

cause », libre”⁵⁴. Dacă piedica liberului arbitru este conștiința persoanei, obstacolul și straja libertății contractuale le reprezintă, cel puțin în sistemele de drept actuale și apropiate nouă, răspunderea patrimonială.

Libertatea contractuală este frânată de responsabilitate, indiferent dacă în discuție este o răspundere capabilă de a fi impusă judiciar, prin mecanisme legale, ori dimpotrivă, respectul acordului părților este garantat de societate, în lipsa oricărei legi și deci prin instrumente extrajudiciare. Ideea care se conturează este că libertatea contractuală și contractul în sine sunt naturale, au o existență firească și dau noimă drepturilor patrimoniale, în special proprietății. Înțelegerea creează dreptul, forța nu produce drept decât în ceea ce privește sancțiunea. Or părțile se înțeleg asupra transmisiunii dreptului subiectiv, restul sunt doar teorii *post factum*, care sunt conceptualizări ale unor stări și nu pot emite transmisiunea dreptului subiectiv. Mijlocul transmisiunii este contractul, iar cauza eficientă este însăși voința părților, avatarul libertății contractuale.

3 Libertatea succesorală

Am văzut că libertatea de a dispune, în concepția art. 12 C.civ., nu este altceva decât o aplicație a libertății contractuale, concluzie valabilă în ceea ce privește transmisiunea drepturilor *inter vivos*. Dar concluzia aceasta nu poate fi aplicată identic și asupra transmisiunii *mortis causa* a drepturilor patrimoniale, motiv pentru care trebuie verificat dacă există o libertate succesorală și dacă aceasta este o aplicație a libertății de a dispune ori viceversa.

⁵⁴ Christian BOISSINOT, *Les aventures philosophiques contemporaines de la responsabilité*, thèse, Faculté de Philosophie, Université Laval, Québec, 1999, p. 58-59.

Viziunea ancestrală asupra succesiunii etala principiul continuării persoanei defunctului: ideea străveche era că omul își prelungește existența prin descendenții săi⁵⁵. Inițial, principiul nu a avut nicio semnificație patrimonială, dar forma sa modernă, analogică și aparent degradată, este că patrimoniul defunctului trece la succesorii săi și, mai concret și mai tehnic, aceștia sunt ținuti să plătească datoriile decedatului până la limita activului pe care îl primesc⁵⁶. Ideea inițială a continuității persoanei asigurată prin descendenții săi a fost înlocuită treptat cu noema imortalității juridice a subiectului de drept, al cărui patrimoniu supraviețuiește datorită transmiterii către succesorii săi.

Rațiunea contemporană a succesiunii nu este alta decât transmisiunea dreptului de proprietate *mortis causa*, un mijloc translativ determinat de moarte. Drepturile personale nepatrimoniale nu se transmit pe cale succesorală, moștenitorii având totuși posibilitatea ocrotirii acestora în condițiile art. 256 C.civ.⁵⁷ Acțiunile personale de asemenea nu pot fi intentate de moștenitori, dar pot fi uneori continuate de aceștia, cum e situația acțiunii de divorț [art. 380 alin. (1) C.civ.]. De unde reiese că reglementarea succesiunii în legislația actuală a transpus o viziune patrimonialistă asupra moștenirii, de vreme ce prin succesiune se transmit aproape exclusiv drepturi patrimoniale, iar dintre acestea preponderent dreptul de proprietate. Aceasta

⁵⁵ În comunitățile rurale tradiționale, exista până de curând obiceiul ca întâiul născut să primească un nume identic cu al bunicului patern sau a bunicii materne care, potrivit ordinii firești, erau mai apropiați de moarte, iar următorul primea numele tatălui sau al mamei, în funcție de sexul copilului. În acest mod se dorea asigurarea continuității persoanei prin descendenții săi, prioritate având cei aflați în pericol de a sucomba mai curând.

⁵⁶ Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Ed. Cujas, Paris, 1995, p. 12. „C'est encore une idée mystique : les vivants payent pour les morts ; il y a une solidarité, une continuité entre les vivants et les morts.”

⁵⁷ Dan CHIRICĂ, *op.cit.*, p. 448.

întrucât rațiunea succesiunii nu este alta decât transmiterea dreptului de proprietate *mortis causa*.

Sunt două moduri prin care se efectuează translația patrimonială de la defunct la succesori: moștenirea testamentară și moștenirea *ab intestat*. Întâietate va avea succesiunea pe bază de act, întrucât pare mai aproape de libertatea de a dispune decât cea legală, care va fi tratată ulterior.

Succesiunea testamentară are la bază un act juridic unilateral, definit de art. 1034 C.civ. „personal și revocabil prin care o persoană, numită testator, dispune, în una dintre formele cerute de lege, pentru timpul când nu va mai fi în viață”⁵⁸. Meritul testamentului este că oferă voinței testatorului puterea de a înlătura dispozițiile succesiunii legale prin stabilirea unei alte ordini a devoluțiunii. Din acest motiv, testamentul creează aparența unei libertăți asemănătoare cu cea contractuală, poate chiar mai intensă, întrucât oferă posibilitatea revocării⁵⁹ prevederile cuprinse în testamentele anterioare până în ultima clipă din viața testatorului.

Dar posibilitatea de revocare nu ține de libertatea actului, ci de natura sa, care nu leagă pe nimeni înainte de moartea testatorului. Faptul că testamentul este prin natura sa revocabil este consecința ineficienței sale anterior decesului: dispariția subiectului face inutilă libertatea, dar anterior dispariției nu este libertatea cea care dă posibilitatea răzgândirii, pentru că actul nu este în vigoare. Explicația revocabilității stă nu atât în libertatea de a testa, cât în aceea că actul se află în faza creării sau a păstrării, cu o valență juridică doar potențială.

⁵⁸ Dintre alternativele oferite de art. 1035 ca obiect al dispoziției testatorului, relevanța dominantă o prezintă chestiunile patrimoniale. Pentru susținerea ideii că nu există testament fără legat, a se vedea Dan CHIRICĂ, *op.cit.*, p. 240-241.

⁵⁹ Revocabilitatea este de esență testamentului, *ibidem*, p. 243.

Libertatea contractuală începe cu posibilitatea refuzării încheierii contractului și aparent același lucru se poate spune despre libertatea testamentară. Însă dacă persoana nu dispune de bunurile sale prin testament, acestea vor pleca din patrimoniul său conform regulilor succesiunii legale, efectul translativ producându-se obligatoriu. Libertatea de a nu testa este restrânsă dramatic de transferul *ab intestat* al patrimoniului defunctului și nu se traduce, ca în cazul libertății contractuale negative, printr-un nimic juridic. În cazul lipsei unui voințe *mortis causa* a defunctului, legiuitorul impune un transfer legal *mortis causa* ce va muta în patrimoniul moștenitorilor legali bunurile decedatului. Libertatea testamentului este aproape suprimată sub aspectul său negativ, de vreme ce același efect, transferul proprietății, se va produce atât în prezența, cât și în lipsa testamentului. Diferit va putea fi succesorul, de unde rezultă că libertatea succesorală se limitează la alegerea destinatarului transferului patrimonial.

Tot prin comparație cu libertatea contractuală, forma consimțământului este de principiu restrânsă în ceea ce privește testamentul: forma este obligatoriu olografă sau autentică, iar testamentele privilegiate implică la rândul lor anumite formalități. Analfabeții nu pot testa altfel decât prin testament autentic, întrucât înscrisul olograf impune scrierea de mână testatorului. Situațiile speciale ale surzilor, muților, orbilor neștiutori de carte sau a altora care, din pricina anumitor probleme, se află în imposibilitatea de a scrie presupune parcurgerea unor formalități în fața notarului. Aceste forme și formalități reduc libertatea, expresia „a fi liber să testezi” este mai degrabă o figură de stil, pentru că așa-zisa libertate se lovește imediat de restrângerile formale, care fac din testament un act excentric, pasibil a fi încheiat doar în anumite condiții.

Forma este cel mai mare dușman al libertății testamentare, dar și fondul actului schilodește libertatea. Rezerva este cea mai puternică frână pusă libertății testamentare⁶⁰, de ordine publică, ceea ce înseamnă că dispunătorul nu o poate încălca prin legatele cuprinse în testament, sub sancțiunea reducăiunii. Cotitatea disponibilă este singura parte din patrimoniu de care testatorul poate dispune în măsura în care nu a fost consumată prin donații.

Principiul *nemo liberalis nisi liberatus* este o expresie succesorală care se referă la plata datoriilor și restrânge la rândul său spațiul de manevră al dispunătorului, creditorii săi fiind plătiți înaintea legatarilor.

Mărimea și efectul ingerinței legiuitorului în libertatea succesorală aproape că o desființează. Prin testament se poate desemna doar primitorul masei succesoriale împuținată, dacă este cazul, de rezervă și eventual bunul sau cota din patrimoniu moștenite. Sub aspectul formei, legea impune testatorului parcurgerea unor proceduri obligatorii pentru valabilitatea actului, ceea ce limitează și mai mult libertatea dispunătorului. Înșă, în ciuda interferențelor legiuitorului în materie de testament, nu considerăm că libertatea succesorală testamentară este extinctă. Dacă, prin ipoteză, legea ar aboli testamentul, concluzia ar fi că libertatea testamentară însăși a fost suprimată. Acceptând acest raționament, rezultă că există o libertate succesorală testamentară, chiar dacă aceasta este foarte restrânsă și controlată de legiuitor, nu de testator.

Concluzia aceasta ar putea suferi o oarecare generalizare, în sensul extinderii la toată materia actului unilateral, sens în care va fi testată prin raportate la diverse exemple de acte unilaterale. Notificarea debitorului sau a

⁶⁰ Rezerva se stabilește prin raportare la clasa de succesori care vine la moștenire, fiind egală cu jumătate din cota succesorală cuvenită rezervatarilor în lipsa liberalităților.

creditorului este mai degrabă o chestiune procedurală, care restricționează libertatea celui care o înfăptuiește de respectarea unor termene și formalități. Revocarea donației între soți ține mai degrabă de împrejurările mariajului și nu de existența sau lipsa libertății, de aceea nu poate constitui un fundament pentru răspunsul căutat. Acceptarea unei donații nu este un act unilateral propriu-zis, ci reprezintă voința uneia dintre părțile contractului de donație, guvernată de libertatea contractuală însăși. Acceptarea și renunțarea la succesiune sunt, la rândul lor, constrânse de anumite condiții referitoare la momentul când pot fi înfăptuite (numai după deschiderea succesiunii și doar înăuntrul termenului de decădere de un an), la respectarea unor forme impuse de lege și la caracterul unitar al opțiunii. Toate aceste îngrădiri prescrise cu amănunțime de legiuitor sugrumă libertatea în materia actului unilateral, determinând o diluare a acesteia și mutând controlul de la titular la legiuitor.

Este necesară acum o privire aruncată asupra devoluțiunii legale în scopul identificării rolului libertății succesoriale în cazul acestui mod de transmitere a patrimoniului *mortis causa*. Articolul 1114 alineat (1) din Codul civil prevede că acceptarea moștenirii consolidează transmiterea acesteia realizată de plin drept la data decesului. Cu alte cuvinte, transferul succesiunii operează de plin drept prin simplul fapt al decesului, din patrimoniul defunctului în cel al succesorilor, fără voia și chiar fără știrea acestora din urmă, drept consecință a principiului că un patrimoniu nu poate rămâne fără titular⁶¹. Succesorii au posibilitatea renunțării la moștenire, când efectele delăsării se vor produce retroactiv, până la același moment al deschiderii succesiunii, transformându-l pe renunțător în străin de moștenire, iar pe

⁶¹ Dan CHIRICĂ, *op. cit.*, p. 498.

acceptanți (ori statul, în caz de vacanță succesorală) titulari retroactivi și exclusivi ai patrimoniului succesoral.

Sucesiunea *ab intestat* operează în temeiul legii, de drept, în situația în care nu există un testament sau când prin cuprinsul testamentului nu se consumă tot patrimoniul defunctului, indiferent dacă aceasta este o consecință a voinței testatorului sau o urmare a încălcării rezervei. Poate fi vorba despre vreo libertate în vreuna dintre aceste situații? După cum s-a concluzionat anterior, rezerva este o restrângere a libertății, motiv pentru care nu poate fi în același timp și o expresie a acesteia. Astfel, câmpul se restrânge doar la situațiile în care testatorul nu a dispus deloc prin testament sau a dispus doar parțial prin intermediul acestuia.

Se poate susține că devoluțiunea legală este o consecință a variantei negative a libertății de a dispune, mai exact a libertății testamentare, concretizată în refuzul de testa. Dar dacă se optează pentru această opinie, trebuie explicată incongruența cu celelalte libertăți patrimoniale: în situația de față libertatea de a nu testa nu contribuie la transferul patrimonial. Cu alte cuvinte, nu manifestarea libertății declanșează efectul translativ de proprietate, ca în cazul libertății contractuale. În situația succesiunii legale, libertatea de a nu testa ar trebui să nu producă niciun efect, adică să paralizeze orice transmitere patrimonială. Însă transferul patrimonial operează în temeiul legii, care este cauza eficientă a transmiterii, astfel că libertatea nu determină în niciun fel succesiunea legală.

Modul de transmitere a succesiunii legale nu poate fi influențat prin nimic altceva decât printr-o instituire testamentară de succesori, care totuși nu blochează transferul patrimonial, ci doar îl direcționează înspre anumiți moștenitori determinați de defunct. Pentru a sublinia caracterul nestăvilit al succesiunii *ab intestat*, art. 627 alin (5) C.civ. prevede în mod expres că

transmiterea bunului pe cale de succesiune nu poate fi împiedicată prin stipularea inalienabilității. De unde reiese că nici măcar o indisponibilizare reală a bunului izvorâtă din convenția părților nu poate bloca deferirea bunului prin intermediul moștenirii.

Concluzia care se conturează în urma raționamentului anterior este că în ceea ce privește devoluțiunea legală a moștenirii libertatea lipsește, mecanismul de transmitere având o altă origine. Suspendarea libertății în materia succesiunii *ab intestat* ar putea face că libertatea testamentară să pară paradoxală. Dar în materie de testament libertatea se explică prin aceea că subiectul de drept este încă în viață și doar dispariția acestuia lipsește de sens libertatea.

Căutând originea resortului devoluțiunii legale, se observă că acesta este un mecanism care își găsește rațiunea în dreptul de proprietate. Fără dreptul de proprietate sau mai exact spus, fără atributul dispoziției caracteristic proprietății, succesiunea legală ar fi lipsită de rost și, în mare parte, de obiect. Astfel se explică de ce în concepția ideologiei comuniste următorul pas după desființarea proprietății private era abolirea succesiunii: „Dispariția dreptului la moștenire va fi rezultatul natural al schimbării sociale de înlocuire a proprietății private cu mijloacele de producție; dar abolirea dreptului succesoral nu poate fi niciodată punctul de start al unei astfel de transformări sociale”⁶².

Constituția României garantează expres în art. 46 dreptul la moștenire, conferind succesiunii o protecție capitală în sistemul actelor

⁶² Karl MARX, *Report of the Fourth Annual Congress of the International Working Men's Association*, ținut în Basel, Elveția, în anul 1869, accesibil online la următoarea adresă: <https://www.marxists.org/archive/marx/iwma/documents/1869/inheritance-report.htm>, consultat în data de 26.04.2018.

normative. Apare logică întrebarea de ce dreptul la succesiune are o importanță mai mare pentru legea constituțională decât, spre exemplu, libertatea contractuală? Răspunsul ar putea consta în aceea că garantarea constituțională a moștenirii nu este altceva decât o prelungire a protecției constituționale a proprietății, că în definitiv succesiunea însăși este o addenda a dreptului de proprietate.

Succesiunea legală este un mecanism de deplasare a elementelor patrimoniale active și pasive de la defunct la moștenitori, în scopul reglării juridice a conturilor și nu reprezintă o expresie a libertății, întrucât cauza eficientă a transmiterii nu este constituită de voința defunctului, ci de dispoziția legală care o prescrie. Libertatea succesorală există doar în ceea ce privește devoluțiunea testamentară, însă și în această situație este mult restrânsă de intervenția legiuitorului.

4 Caracteristicile generale ale libertății cu efecte patrimoniale

Concluziile parțiale desprinse în urma analizei ipostazelor libertății cu efecte patrimoniale permit conturarea unor caracteristici generale aplicabile acestei categorii.

Libertatea de a dispune conținută în art. 12 C.civ. nu este altceva decât o aplicație a libertății contractuale, deși tendința inițială ar fi de a o cataloga drept libertatea generală în materie patrimonială, care urmează a se divide în speciile contractuală și succesorală. Am văzut că libertatea succesorală și libertatea actului unilateral sunt atât de hăituite în parcursul lor, încât rezultatul este secătuirea libertății și uneori înlocuirea acesteia cu prospecte legale care lasă voinței individului o contribuție minoră.

Libertatea cu efecte patrimoniale se evidențiază mai pregnant în materia contractului și își găsește rațiunea în înseși caracterele drepturilor patrimoniale, în special al celui de proprietate. Proprietatea nu este dinamică în sine, ci de ea dispune titularul ei prin intermediul libertății, iar insesizabilitatea proprietății ar lipsi-o de noimă. Tocmai de aceea acolo unde nu există libertate în ceea ce privește mijlocul transmisiunii, legiuitorul intervine și reglementează minuțios regulile transferului patrimonial. Este cazul succesiunii, care există doar în măsura în care legea o prevede și astfel se explică existența unor sisteme juridice cărora le sunt străine testamentele sau noțiunea de rezervă.

Libertatea contractuală se transpune juridic prin intermediul drepturilor subiective și se manifestă concret, în funcție de fiecare contract în parte. Modul său de funcționare este natural și face ca voința părților să fie creatoare de drept, de aceea nu poate fi desființată de un sistem juridic, ci poate fi cel mult silită să existe în spatele aparenței legale: o libertate *underground*. Ea este fundamentul și condiția răspunderii, manifestându-se chiar și în lipsa unui sistem judiciar care să garanteze norma născută din voința părților prin sancționarea derapajelor contractanților.

Libertatea cu efecte patrimoniale este facultatea de a hotărî, prin manifestarea voinței, soarta drepturilor ce poartă asupra unor valori economice.

5 Concluzie

Libertatea este cel mai important dintre fundamentele dreptului, întrucât originile principiilor juridice sunt morale și filosofice⁶³ și de aceea se impun unele precizări din aceste perspective. Discuțiile originare despre libertate au avut drept catalizator ideea de predestinare și au adus drept rod liberul-arbitru. În materia libertății civile, pot fi identificate aceste noțiuni de determinism juridic și liber-arbitru juridic?

Răspunsul este afirmativ, liberul-arbitru juridic manifestându-se prin intermediul normelor permissive cel mai pregnant, dar și al normelor supletive. Iar itinerarul juridic rămas la dispoziția subiecților de drept reprezintă matca forțată din ciocnirea normelor imperative și a celor supletive în varianta în care subiectul de drept nu și-a exercitat liberul-arbitru.

Dimensiunea morală a libertății s-ar putea să fie perimată. Consensualismul, expresie fastuoasă a libertății, s-a născut ca un precept moral al respectării cuvântului dat. Formalismul paroxistic al Codului civil face ca libertatea contractuală să nu mai aibă nimic moral.

Legitimitatea dreptului se pierde când nu mai salvgardează fundamentele sale morale și filosofice, iar modalitatea de irosire a autorității eficiente a normei o reprezintă legiferarea în exces, nihilismul normativ⁶⁴. Libertatea nu trebuie instituită prin lege, ci ocrotită ca o esență deja existentă a fiecărei norme, fără îngrădiri recrudescențe și fără elaborări inutile de legi.

⁶³ Paul VASILESCU, *Despre principiile fundamentale ale dreptului – interviu*, <https://www.juridice.ro/287244/interviu-paul-vasilescu-despre-principiile-fundamentale-ale-dreptului.html>, consultat la data de 22.09.2017.

⁶⁴ Emilian CIOC, *L'accomplissement du nihilisme à l'époque moderne*, teză, Universitatea Babeș-Bolyai Cluj-Napoca, 2008.

Decadența moralității libertății va seca demersul legislativ de orice autenticitate, condamnând legiuitorul să emită noi și noi norme.